Der befreite Vorerbe.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

der

Juristischen Fakultät der Universität Breslau

vorgelegt

von

Erich Popper
Referendar.

Posen
Hofbuchdruckerei W. Decker & Co.
1911.

Gedruckt mit Genehmigung der jur. Fakultät der Universität Breslau.

Referent: Professor Dr. Schott.
Korreferent: Professor Dr. Herbert Meyer.

Meinen lieben Eltern.

Inhaltsverzeichnis.

§ 1 Einleitung . . . . . Seite 1

I. Kapitel.

Die Geschichte des Vorerben, insbesondere des befreiten.

§ 2 1. Römisches und gemeines Recht . . . . . Seite 3
§ 3 2. Deutsches Partikularrecht . . . . . „ 6
§ 4 3. Die Vorarbeiten zum B.G.G. . . . . „ 11

II. Kapitel.

§ 5 1. Der Gedanke und Zweck der Rechtsform des Vorerben . . . . . Seite 13
§ 6 2. Der Vorerbe im allgemeinen . . . . . „ 15
3. Der befreite Vorerbe . . . . . „
§ 7 a) Übersicht über seine Rechte und Pflichten . „ 24
§ 8 b) Die Verfügungen über Grundstücke und Rechte an solchen . . . . . .
a) Die Voraussetzungen wirksamer Verfügungen „ 25
§ 9 b) Der Beweis der Entgeltlichkeit . . . . . „ 36
§ 10 c) Die unentgeltlichen Verfügungen . . . . . „ 56
§ 11 d) Die Verfügungen im Wege der Zwangsvollstreckung, Arrestvollziehung und durch den Konkursverwalter . . . . . „ 63
§ 12 4. Der Eintritt der Nacherbfolge . . . . . „ 68

Literatur-Verzeichnis.

Arndts, Lehrbuch der Pandekten, 1886.
Blanckmeister im Recht. Jahrgg. 1901 Seite 423.
Brachvogel in Gruchots Beiträgen Bd. 50 Seite 64.
Brinz, Lehrbuch der Pandekten, 1886.
Cohn in der Juristischen Wochenschrift, Jahrgg. 1903, Seite 364.
Crome, System des Deutschen Bürgerlichen Rechts, 1905.
Crome (Zachariae-Lingental), Handbuch des französischen Zivilrechts, 1895.
Drewes in der Deutschen Juristenzeitung, Jahrgg. 1903 Seite 198.
Doehl in der Deutschen Juristenzeitung, Jahrgg. 1905, Seite 906.
Dernburg, Das preussische Privatrecht 1896.
„ Bürgerliches Recht, 1905.
Eck, Vorträge über das Recht des B.G.B., 1904.
Entwurf eines B.G.B., I. Lesung, 1888.
„ „ „ II. Lesung, 1892.
Fischer-Henle, Bürgerliches Gesetzbuch, 1904.
Fischer und Schaefer, die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen, 1910.
Förster-Eccius, Preussisches Privatrecht, 1897.
Fuchs-Arnheim, Grundbuchrecht, 1908.
Gaupp-Stein, Zivilprozessordnung, 1908.
Glaser in der Deutschen Juristenzeitung, Jahrgg. 1908 Seite 241.
Gruchot, das preussische Erbrecht, 1867.
Güthe, Die Grundbuchordnung, 1905.
Hachenburg, Studien zum Erbrecht des Entwurfes eines B.G.B., 1896.
Hachenburg in der Zeitschrift des Deutschen Notarvereins, Jahrgg. 1906, Seite 321.
Heldmann in der Deutschen Juristenzeitung, Jahrgg. 1908, Seite 529.
Holz in der Deutschen Juristenzeitung, Jahrgg. 1906, Seite 483.
Hoffmann, das B.G.B. für das Königreich Sachsen, 1889.
Hothorn, Die Rechtsstellung des befreiten Vorerben, 1911.
Jastrow in der Zeitschrift des Deutschen Notarvereins Jahrgg. 1906, Seite 77 und Jahrgg. 1907 Seite 48.
Jaeckel, Kommentar zum Reichsgesetz über die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung, 1909.
Jäger, Konkursordnung, 1907.
Kempner in der Juristischen Wochenschrift, Jahrgg. 1907, Seite 68.
Koch, Das preussische Erbrecht, 1866.

Koch, Kommentar zum Allgemeinen Landrecht.
Kretzschmar in der Deutschen Juristenzeitung, Jahrgg. 1906, Seite 1347.
Martinius in der Zeitschrift des Deutschen Notarvereins, Jahrgg. 1906, Seite 39.
Motive zum Entwurfe eines B.G.B. 1896.
Mugdan, Die gesamten Materialien zum B.G.B. für das Deutsche Reich, 1899.
Neumann, Handausgabe des B.G.B., 1909.
Oberneck, Reichsgrundbuchordnung.
Planck, Kommentar zum B.G.B. Band I, 1903.
„ „ „ „ „ V, 1908.
Predari, Die Grundbuchordnung, 1907.
Reichsgerichtsräte, Kommentar zum B.G.B., 1910.
von Schey, das allgemein bürgerliche Gesetzbuch für das Kaisertum Österreich, 1889.
Schwarz im Recht, Jahrgg. 1903, Seite 226.
Standinger, Kommentar zum B.G.B., Band I, 1907.
„ „ „ „ „ V, 1909.
Stranz in der Deutschen Juristenzeitung, Jahrgg. 1906, Seite 524.
Strohal, Das Deutsche Erbrecht, 1903.
Thiesing im Recht, Jahrgg. 1903, Seite 37.
„ im Archiv für die zivilistische Praxis, Band 94, Seite 229.
Turnau-Förster, Das Liegenschaftsrecht, 1906.
Weber in der Zeitschrift des Deutschen Notarvereins, Jahrgg. 1906, Seite 601.
Weber in der Zeitschrift des Deutschen Notarvereins, Jahrgg. 1907, Seite 241.
Weber in der Zeitschrift des Deutschen Notarvereins, Jahrgg. 1907, Seite 475.
Weber in der Zeitschrift des Deutschen Notarvereins, Jahrgg. 1909, Seite 6.
Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts, 1906.
Güthe in der Zeitschrift des Deutschen Notarvereins, Jahrgg. 1911, Seite 10.

Natürliche Personen werden während ihres Lebens Subjekt einer Anzahl Rechtsverhältnisse. Beim Tode der Person gehen diese Rechtsverhältnisse, soweit dies nicht durch ihre höchstpersönliche Natur ausgeschlossen ist, auf einen oder mehrere Rechtsnachfolger über. Wer als Rechtsnachfolger des Verstorbenen in Frage kommt, haben die verschiedenen Rechte zu verschiedenen Zeiten verschieden geregelt. Die Entwicklung beginnt mit der gesetzlichen Erbfolge der nächsten Verwandten des Erblassers. Der Erblasser hat im Anfange der Entwicklung weder auf die Auswahl der Rechtsnachfolger, noch auf das Schicksal seines Vermögens nach seinem Tode überhaupt irgend welchen Einfluss. Das Bestreben der Menschen, über ihr Vermögen frei zu verfügen und auch über ihren Tod hinaus einen Einfluss darauf auszuüben, drängt allmählich die Verwandtenerbfolge in den Hintergrund. Der freie Wille des Erblassers wird der wichtigste Faktor für die Bestimmung des Schicksals des Nachlasses und muss sich nur gewissen gesetzlichen Erfordernissen fügen.

Der Erblasser wird aber oft nicht nur bestimmen wollen, wem bei seinem Tode sein Vermögen anfallen soll; er will oft auch für eine möglichst lange Zeit verhüten, dass es in unrechte Hände kommt. Er versucht daher, seinen Nachlass im voraus der Reihe derer zu sichern, denen er es nacheinander zuwenden möchte. Diese Bestrebungen haben eine ganze Reihe von Instituten gezeitigt, die auf mehr oder weniger lange Zeit eine Fesselung des Nachlasses an eine bestimmte Personenreihe herbeiführen. Die Rechtseinrichtungen, die diesen Zweck verfolgen, stellen meist Ausnahmen dar;

sie sind nur privilegierten Ständen zugänglich oder bedürfen behördlicher Genehmigung, denn es wäre unsozial und auch garnicht durchführbar, wenn jedermann seinen Nachlass auf immer oder für eine grosse Anzahl Generationen binden könnte. Für die Allgemeinheit ist daher eine Rechtseinrichtung geschaffen worden, die es dem Erblasser ermöglicht, zu bestimmen, wer nach seinem, unmittelbar auf ihn folgenden Erben sein Vermögen erhalten soll, ohne dass durch dieses Institut die Nachlassstücke dauernd dem Verkehr entzogen würden. Das ist die Vor- und Nacherbschaft.

Diese Rechtsform kann in zwei verschiedenen Gestalten auftreten, um den verschiedenen Zwecken zu dienen, für die sie geschaffen ist: in einer den zuerst erbenden, den Vorerben, stärker einschränkenden und in einer ihn freier stellenden Form. Die Ausgestaltung, die die letztere in unserem Reichsrecht erhalten hat, soll Gegenstand dieser Betrachtung sein. Es wird dabei freilich, bei der nahen Verwandtschaft und dem engen Zusammenhang, in dem die beiden Formen der Vor- und Nacherbschaft stehen, nicht immer möglich sein, die befreite Vorerbschaft streng gesondert zu behandeln.

I. Kapitel.

Die Geschichte des Vorerben, insbesondere des befreiten.

§ 2.

Römisches und gemeines Recht.

Der Ursprung des Instituts der Vor- und Nacherbschaft ist im römischen Recht zu suchen. Das erscheint merkwürdig, weil die Römer stets an dem Grundsatz semel heres, semper heres festgehalten haben, und eine Erbfolge verschiedener Personen nach einander an demselben Nachlass ihnen als logische Unmöglichkeit erschien.[1]) Mit dem zunehmenden Verkehr Roms, der Entwicklung seines Wirtschaftslebens machte sich auch dort für den Erblasser das Bedürfnis geltend, die Personen, die seinen Nachlass erhalten sollten, über den ersten Erben hinaus bestimmen zu können. Man griff daher, um den oben angeführten Grundsatz nicht zu verletzen, zu dem Hilfsmittel, die Erbschaft durch Vermächtnis im ganzen oder in Quoten weiterzuübertragen.

Die älteste Form des Erbschaftsvermächtnisses ist die partitio legata; der Erbe wurde obligatorisch verpflichtet, dem Vermächtnisnehmer einen bestimmten Bruchteil der Erbschaft herauszugeben. Die Nachfolge des Vermächtnisnehmers in den Erbschaftsbruchteil erfolgte jedoch nicht durch einen einheitlichen Übergang des ganzen Erbteils auf ihn (Universalsuccession); die einzelnen Stücke des Nachlassteils mussten dem Vermächtnisnehmer vielmehr durch besondere Akte übertragen werden.

Später wählte man vorzugsweise das formfreie Fideicommiss zur Durchführung von Erbschaftsvermächtnissen.

[1]) Eine Ausnahme hiervon ist nur in dem von allen Regeln des zivilen Erbrechts entbundenen Soldatentestament der Kaiserzeit möglich.

Zur Übertragung der Erbschaft auf den Universalfideikommissar bediente man sich der Formen des Erbschaftskaufes. Auch hier lag also Singularsuccession vor.

Eine wirkliche Universalsuccession des Universalfideikommissars in den Nachlass wurde erst durch das S. C. Trebellianum (62 n. Chr.) ermöglicht, das dem Fideikommissar mit der Restitution die Stellung eines Erben gab (heredis loco). Der Universalfideikommissar erhielt alle actiones des Erben, freilich nur als utiles; aber die actiones directae des Erben wurden durch die exceptio S. C. Trebelliani aller Wirksamkeit entkleidet. Da der Universalfideikommissar trotz alledem nur Vermächtnisnehmer war, so hing sein Recht davon ab, ob der Erbe die Erbschaft antreten wollte oder nicht. Einen Ansporn zum Antritt der Erbschaft bildete die falcidische Quart, die der Erbe auch vom Universalfideikommiss behalten durfte. Das S. C. Pegasianum (75 n. Chr.) ging aber noch einen Schritt weiter und gab dem Universalfideikommissar sogar das Recht, den Erben zum Antritt der Erbschaft zu zwingen. Das S. C. Pegasianum bedeutet insofern einen Rückschritt, als danach dem Universalfideikommissar in gewissen Fällen die Erbschaft nur durch einzelne Übertragungsakte, also als einem Singularsuccessor restituiert wird.

Justinian hat die verwickelten Bestimmungen über das Universalfideikommiss vereinfacht und dieser Rechtsform eine Ausgestaltung gegeben, die sie im gemeinen Recht beibehalten hat.

Erbe ist und bleibt grundsätzlich nur der, der die Erbschaft als Erbe angetreten hat. Der Universalfideikommissar erwirbt mit dem Erbfall ein Forderungsrecht gegen den Erben auf Restitution der Erbschaft in dem vom Erblasser bestimmten Zeitpunkte. Im Zweifel ist die Erbschaft zu restituieren, sobald sie der Erbe angetreten hat. Die Restitution macht den Universalfideikommissar zum Universalsuccessor; er tritt damit in alle Rechte und Pflichten des Erben ein. Er erhält alle Klagen des Erben als utiles actiones und trägt Vermächtnisse und Erbschafts-

schulden. Nach Ansicht einiger Autoren wachsen ihm sogar die Erbteile fortfallender Erben an[1])

Die Rechte des fiduziarischen Erben sind demgegenüber fast ganz zusammengeschmolzen. Er bleibt zwar Erbe auch nach Restitution der Erbschaft an den Universalfideikommissar; aber schon vor der Restitution ist er in der Verfügung über das zu restituierende Gut stark beschränkt; er darf es nicht veräussern, noch belasten. Die Veräusserungen, die er vornimmt, sind nichtig,[2]) es sei denn, dass der Erblasser seine Einwilligung gegeben hätte, oder der Fideikommissar zustimmte, dass der Verkauf zur Bezahlung von Erbschaftsschulden oder aus sonstigen zwingenden Gründen nötig war. Nicht einmal das Fruchtziehungsrecht für die Zeit seiner Herrschaft über die Erbschaft wird ihm von allen Autoren zugestanden.[3]) Nur über die Quart, die sich der Erbe befreiwilliger Restitution der Erbschaft nach dem S. C. Trei bellianum abziehen darf, kann er als Herr verfügen. Zum Schutze der Rechte des Universalfideikommissars haftet der fiduziarische Erbe auch persönlich und unterliegt den Zwangsmassregeln, die ein Vermächtnisnehmer zur Realisierung seiner Ansprüche anwenden kann (cautio, missio Antoniniana, vindicatio und actio hypothecaria des Fideikommissars). Hat der Erbe die Restitution vorgenommen, so behält er die actiones, die seinem Erbrechte entspringen; aber sein Erbrecht besteht nur dem Namen nach, seinen actiones steht die exceptio S. C. Trebelliani entgegen.

Da das römische und gemeine Recht Universalfideikommisse zulassen, die vier Generationen hindurch wirksam bleiben, so gilt das alles, was im Hinblick auf den Erben gesagt ist, auch für den Universalfideikommissar, der wiederum mit einem Universalfideikommiss belastet ist. Nur dem Erben aber steht das Recht zu, sich die Trebellianische Quart abzuziehen, und nur ihn trifft der Antrittszwang des S. C. Pegasianum.

---

[1]) Brinz, § 441.

[2]) Windscheid-Kipp, Bd. III, § 665 Seite 706.

[3]) Arndts § 583.

Der Wille des Erblassers konnte bereits im römischen Rechte eine gewisse freiere Stellung des Erben anordnen, z. B. den Nacherben auf das einsetzen, quidquid supererit ex hereditate. Diese Befugnis des Erblassers hat auch das gemeine Recht übernommen. Der Erbe darf dann über drei Viertel des Nachlasses als freier Herr schalten und walten;[1] nur ein Viertel muss er dem Universalfideikommissar unberührt restituieren. In Notfällen jedoch darf er auch dieses Viertel angreifen. Hier haben wir den Vorgänger des befreiten Vorerben im freier gestellten Erben des römischen und gemeinen Rechts.

§ 3.

Deutsches Partikularrecht.

Das römische und gemeine Recht ist beim Universalfideikommiss stets in den Formen des Vermächtnisses geblieben und hat nach der anderen Seite dem wirklichen Erben schwere Beschränkungen auferlegt, um den Universalfideikommissar zu schützen.

Das deutsche Recht hat die Ausbildung und Weitergestaltung des Rechtes der Vor- und Nacherben nicht gefördert, da es den Gedanken der freien Bestimmung des Testators über seinen Nachlass erst spät aufgenommen und nicht sehr stark ausgebildet hat. Negativ hat das deutsche Recht am Ausbau der Nacherbschaft insofern mitgewirkt, als es den Glauben an die unbedingte Richtigkeit und logische Notwendigkeit der römisch-rechtlichen Erbrechtsbegriffe und dabei des Satzes semel heres, semper heres erschütterte.

Die Deutschen Partikularrechte haben sich das Universalfideikommiss des römischen und gemeinen Rechts zu nutze gemacht und unter Verwerfung des Satzes semel heres, semper heres Einrichtungen ausgebildet, die die Möglichkeit mehrerer, nacheinander in Wirksamkeit tretender, subjektiver Erbrechte an demselben Nachlass schufen.

Die erste grosse Codifikation eines Partikularrechtes der Bayerische Codex Maximilianeus von 1756, lehnt sich

[1] Brinz, § 430, Arndts § 583, Windscheid-Kipp, a. a. O.

freilich noch ganz eng an das gemeine Recht an und regelt daher auch die in Rede stehende Materie in gemeinrechtlichem Sinne.[1])

Das Erbrecht des preussischen Allgemeinen Landrechts hat in der fideikommissarischen Substitution das Vorbild der Nacherbschaft des Bürgerlichen Gesetzbuches geschaffen. Was das römische Recht durch künstliche Umgehung seiner Grundsätze hatte erreichen wollen, ist hier zum Rechtssatze erhoben worden.

Der Erblasser kann dem zuerst Erbenden einen Nacherben derart substituieren, dass der Nacherbe Erbe wird, wenn das Recht des Vorerben nach dem Willen des Erblassers endet. A.L.R. I. 12, § 53[2]). Jeder der beiden Erben wird wirklicher Erbe, aber der Nacherbe erst, wenn der Vorerbe aufhört, es zu sein. Solange der Vorerbe Erbe ist, müssen Vorsichtsmassregeln gegen den Missbrauch des Nachlasses zum Schaden des Nacherben getroffen werden. Das A.L.R. (I, 12, § 466) legt dem Verhältnis des Vorerben zum Nacherben das des Niessbrauchers zum Eigentümer zu Grunde. Der Vorerbe ist trotzdem mehr als ein Niessbraucher; dritten gegenüber ist er freier Herr der Erbschaft; nur die Rechte und Pflichten des Vorerben dem Nacherben gegenüber werden beurteilt, wie wenn er Niessbraucher der Erbschaft wäre.[2]) Der Vorerbe ist daher zu Verfügungen über die Substanz der Erbschaft dem Substituten gegenüber nicht befugt; Verfügungen, die er trotzdem trifft, werden unwirksam, sobald der Fall der Nacherbfolge eintritt. Nur in den Grenzen der ordnungsmässigen Wirtschaft darf der Vorerbe frei verfügen, da, auch ohne der Zustimmung des Nacherben zu bedürfen.[3])

Welcher Art das Recht des Nacherben ist, solange der Vorerbe Herr der Erbschaft ist, war streitig. Nach Förster[4]) und dem Obertribunal[5]) hat der Nacherbe bis

---

[1]) Codex Maximilianens Bavaricus civilis III. Teil 9. Kapitel.

[2]) Foerster-Eccius, Preussisches Privatrecht Bd. IV §275, S. 621/2.

[3]) Koch, Preussisches Erbrecht S. 1066.

[4]) a. a. O.

[5]) Striethorst Bd. 65, Seite 41 und 88.

zur Restitution nur ein persönliches Recht auf Restitution. Dernburg[1]) dagegen tritt für ein dingliches Recht des Nacherben ein. (Strohal[2]) hält freilich diese Fragestellung überhaupt für verfehlt.) Die herrschende Meinung nahm jedoch nur ein persönliches Recht auf künftigen Anfall der Erbschaft an. Diesem Rechte entspringen alle Befugnisse des Nacherben, die ein Eigentümer gegenüber dem Niessbraucher hat, z. B. auch das Recht, bei Gefährdung des Nachlasses die Verwaltung desselben dem Vorerben entziehen zu lassen. (A.L.R. I. 12, § 472).

Die Haftung des Vorerben umfasste auch mässiges Verschulden.

Die Geltung des Surropationsprinzips für die fideikommissarische Substitution wurde nicht allgemein angenommen.[3])

Mit dem Zeitpunkt des Anfalls der Erbschaft an den Nacherben wurde dessen Recht ipso iure zum Erbrecht am Nachlasse (A.L.R. I. 12 § 467 in Verbindung mit I, 9 § 369). Der Nacherbe konnte nunmehr die Herausgabe des Nachlasses vom Vorerben verlangen und die Nachlassgegenstände, über die der Vorerbe ohne Wirkung gegen den Nacherben verfügt hatte, an sich ziehen.

Das A.L.R. sorgte auch für den Fall, dass der Erblasser den Vorerben von einzelnen Verpflichtungen befreit, oder den Nacherben auf den Überrest eingesetzt hatte (A.L.R. I, 12 § 468). In letzterem Fall, dem Normalfall der Befreiung nach A.L.R., war der Vorerbe aller Beschränkungen und Haftung ledig. Er durfte nur keine Schenkungen aus dem Nachlasse machen (A.L.R. I. 12 § 469). Aber auch diese Beschränkung konnte der Erblasser durch ausdrückliche Anordnung im Testament beseitigen.[4]) Auch zur Inventarslegung war der befreite Vorerbe nicht verpflichtet. Das geht schon daraus hervor, dass das Landrecht die Befreiung des Vorerben von der Inventars-

[1]) Preuss. Privatrecht Bd. III § 158 Seite 464.
[2]) Planck V. Vorbemerk. vor § 2100.
[3]) Dagegen Gruchot, Erbrecht Bd. 2, S. 118.
[4]) Reichsgericht bei Gruchot Bd. 35 S. 1038.

legung als Einsetzung des Substituten auf den Überrest ansah (A.L.R. I. 12 § 471).

Eine unterschiedliche Behandlung zwischen Grundstücken und Fahrnis als Nachlassgegenständen fand im Landrecht nicht statt. Die Eintragung der Beschränkung des Vorerben in das Hypothekenbuch war nicht vorgeschrieben. Ein Rescript des Justizministers vom 5. Oktober 1838 ordnete die Eintragung des Nacherbenrechtes in die II. Rubrik des Hypothekenbuches an, nach Koch's[1]) Ansicht unberechtigterweise, da eine solche Vorschrift einen Eingriff in Privatrechte bedeute. Das Rescript scheint keine weiteren Folgen für die Behandlung des Vorerben gehabt zu haben. Dagegen zwang die Einführung des Grundbuchsystems die Praxis, das Recht der Vor- und Nacherben diesem System anzupassen.

Der Code civil, die Privatrechtsquelle des linksrheinischen Deutschland, der mittelbar, nämlich als Badisches Landrecht von 1809 — eine fast wörtliche Übersetzung des Code civil —, auch in Baden herrschte, verbot die fideikommissarische Substitution überhaupt (Art. 896 Code civil und Badischen Landrechts). Ein Verstoss gegen dieses Verbot machte sowohl das Erbrecht des Erstbedachten, wie des Substituten nichtig.[2]) Von der Wissenschaft und Rechtsprechung wurde das Verbot jedoch so eng als möglich ausgelegt[3]) und auf diese Weise wenigstens dem Endziel nach ähnliche Vermächtnisse des Testators (das französische Recht bezeichnet jede letztwillige Verfügung als Vermächtnis, im Gegensatz zur gesetzlichen Erbfolge) aufrechterhalten.

Das Gesetz macht selbst eine Ausnahme von seiner Regel. Zulässig ist nämlich die fideikommissarische Substitution zum Vorteile der Enkel und Geschwisterkinder derart, dass der Erblasser seinem Kinde bezw. Bruder (Schwester) dessen gesamte Descendenz substituiert (Art. 1048f. a. a. O.). Der fiduciarische Erbe erhält mit dem

---

[1]) Koch, Preuss. Erbrecht S. 1066.

[2]) In Baden wurde nur die Substitution als nichtig angesehen; Zachariae-Crome Bd. IV § 705 Anm. 3.

[3]) Zachariae-Crome, a. a. O. S. 370.

Erbfall die Herrschaft über den Nachlass. Die Erbschaftsgegenstände fallen in sein Eigentum. Aber seine Verfügungen über Erbschaftsgegenstände werden dem substituierten Erben gegenüber unwirksam. Zum Schutze des Substituten hat das französische Recht dem Vorerben eine Anzahl Vorschriften über die Verwaltung des Nachlasses gemacht. Es ist ein Inventar zu errichten. Alle Fahrhabe, bis auf das zur Bewirtschaftung der Grundstücke nötige Gerät, muss öffentlich versteigert werden. Sämtliche Mittel des Nachlasses sind in Liegenschaften oder Pfändern auf solchen anzulegen. Die Rechte des Substituten sind durch Eintragung in öffentliche Bücher zu sichern. Zur Vertretung des Substituten bei der Durchführung dieser Bestimmungen ist ein Pfleger zu bestellen. Der fiduziarische Erbe ist zur Verwaltung der Liegenschaften berechtigt und hat den Fruchtgenuss des Vermögens.

Das österreichische allgemeine bürgerliche Gesetzbuch von 1811 lässt eine fideikommissarische Substitution zu und regelt sie in den §§ 608—617. Über das Verhältnis des Fiduziars zum Substituierten äussert sich nur § 613, der diesem Verhältnis die Bestimmungen der Fruchtniessung zu Grunde legt, und § 608, der die Restitutionspflicht des Fiduziars ausspricht.

Eine eingehendere Regelung hat die Einrichtung der Vor- und Nacherbschaft in der jüngsten Kodifikation des Zivilrechts vor dem Bürgerlichen Gesetzbuch, im Sächsischen Bürgerlichen Gesetzbuch von 1863, gefunden.

Die Anwartschaft des Sächsischen B.G.B. gibt dem Erben das volle Eigentum an den Erbschaftssachen. Nur im Verhältnis zum Anwärter ist er wie ein Niessbraucher zu beurteilen. Die Beschränkung des Rechtes des Erben, die hierin liegt, soll als Verfügungsbeschränkung in das Grundbuch eingetragen werden (§ 2514 Sächs. B.G.B.). In bestimmten Fällen soll der Erbe Veräusserungen der beweglichen und unbeweglichen Nachlassgegenstände vornehmen dürfen, nämlich mit Wirkung gegen den Anwärter (bei Gefahr des Verderbens der Gegenstände, zur Erbschaftsschuldentilgung, nach Einwilligung des Anwärters).

Eine Befreiung des Erben von den ihm auferlegten Beschränkungen durch den Erblasser ist zulässig. Den Normalfall der Befreiung sieht das Sächsische B.G.B., wie das A.L.R., in der Einsetzung auf den Überrest (§ 2529). Eine solche Einsetzung des Anwärters gewährt dem Erben die völlige Freiheit der Verfügung, wie sie ein Eigentümer hat, mit der einzigen Ausnahme, dass er über die Erbschaft nicht von Todes wegen verfügen darf. Zu unentgeltlichen Verfügungen über Nachlassgegenstände unter Lebenden ist der befreite Erbe berechtigt.

§ 4.

Die Vorarbeiten zum Bürgerlichen Gesetzbuche.

Die Vorerbschaft, die einfache wie die befreite, gehörte also zur Zeit, als das B.G.B. geschaffen wurde, zu dem Bestande an Rechtsformen des geltenden Rechts und hatte sich in der Praxis eingebürgert.

Die erste Kommission für den Entwurf eines B.G.B. nahm daher die Vorerbschaft in den Entwurf auf und gestaltete sie nach dem Vorbilde des preussischen Landrechtes (§§ 1815, 1816 des I. Entwurfes).[1]) Das Rechtsverhältnis zwischen Vor- und Nacherben sollte nach den Bestimmungen über den Niessbrauch beurteilt werden. Das Surrogationsprinzip wurde durch ausdrückliche Bestimmung eingeführt (§ 1836 des I. Entwurfes).[2])

Für das Recht des befreiten Vorerben wurde das Schenkungsverbot besonders wesentlich, dessen Beseitigung sogar dem Erblasser nicht mehr möglich sein sollte (§ 1840 des I. Entw.).

Von grösster Wichtigkeit waren diejenigen Bestimmungen des Entwurfes, durch die eine Anpassung des Instituts der Vor- und Nacherbschaft an das inzwischen eingeführte Grundbuchsystem erzielt werden sollte (§ 1826 des I. Entw.). Der Entwurf erklärte die Verfügungsbeschränkungen des Vorerben, denen dieser zugunsten des Nacherben unterlag, für eintragungsfähig und gab dem

---

1) Motive Bd. V. Seite 80 und 93 zu § 1815.

2) Motive Bd. V. Seite 109 zu § 1825.

Nacherben das Recht, die Eintragung zu betreiben. Dabei blieb man aber nicht stehen; um dem Nacherben auch in den Fällen Schutz zu gewähren, in denen er nicht imstande sein sollte, seine Eintragung zu bewirken, wurde die Eintragung des Nacherbenrechts ins Grundbuch der Erbschaftsgrundstücke und Rechte an solchen von Amtswegen für den Fall angeordnet, dass der Vorerbe eingetragen wurde oder es bereits war. Für den Fall der Befreiung des Vorerben entstand hier die Frage, ob die Eintragung des Nacherbrechts von Amtswegen als überflüssig fortfallen sollte, oder ob das Recht des Nacherben nebst einem die Befreiung andeutenden Zusatze ins Grundbuch eingetragen werden sollte. Die Kommission entschied die Frage im letzteren Sinne[1]) mit der Begründung, dass die Eintragung den Schutz des Nacherben gegen Verfügungen sichern müsste, die der Vorerbe nach Eintritt des Nacherbfalls mit den Erbschaftsgegenständen vornähme; denn nur während seiner Herrschaft über die Erbschaft als Erbe stehe es ihm frei, die Erbschaftsgegenstände dem Rechte des Nacherben durch Verfügungen zu entziehen.

Schliesslich hat noch die Aufnahme des Prinzips des Eigentumserwerbes infolge guten Glaubens für das Recht das Vorerben, besonders des befreiten, schwerwiegende Folgen gehabt (§ 1828 des I. Entw.).

Die zweite Kommission nahm mit Rücksicht auf die Kritiken und Anregungen, die dem ersten Entwurfe des B.G.B. gefolgt waren, an den Bestimmungen über das Recht des Vorerben eingreifende Änderungen vor.

Sie beseitigte den Hinweis auf den Niessbrauch, nach dessen Vorbild das Verhältnis vom Vor- zum Nacherben beurteilt werden sollte, und beseitigte das System des Misstrauens, wie Hachenburg die Regelung des ersten Entwurfes bezeichnet. Sie ging vielmehr davon aus, dass der Vorerbe eine Vertrauensperson sei. Es wurde in diesem Sinne eine eingehende Regelung der Rechte des

---

[1]) Motive, Bd. V. Seite 112 zu § 1826 und Seite 131 zu §§ 1839 bis 1841.

Vor- und Nacherben gegeneinander vorgenommen. Dabei wurde freilich die im ersten Entwurfe dem Vorerben gewährte Freiheit, Verfügungen vorzunehmen, die zur ordnungsmässigen Verwaltung des Nachlasses gehören, insofern verkürzt, als dem Vorerben nur das Recht gegeben wurde, die Einwilligung zu diesen Verfügungen vom Nacherben zu verlangen.[1]) Die Bestimmung über die Eintragungsfähigkeit der Verfügungsbeschränkungen des Vorerben und über das Recht des Nacherben die Eintragung zu betreiben, wurde auf alle Verfügungsbeschränkungen zugunsten bestimmter Personen ausgedehnt und in das Sachenrecht übernommen.[2]) Die Bestimmung der Eintragung des Nacherbenrechts von Amtswegen bei Eintragung des Vorerben ins Grundbuch wurde als eine Vorschrift formeller Natur in die Grundbuchordnung verwiesen. (§ 52 G.B.O.)

Die Fassung der Bestimmungen über das Recht des Vorerben, wie sie im zweiten Entwurf erscheint, wurde mit nur geringfügigen Änderungen zum Gesetz.

II. Kapitel.

§ 5.

Der Gedanke und Zweck der Rechtsform des Vorerben.

Das Institut der Vor- und Nacherbschaft ist mit Rücksicht auf seine Aufnahme in die vor dem Bürgerlichen Gesetzbuch geltenden Rechte und auf den häufigen Gebrauch, der davon gemacht wurde, in das Bürgerliche Gesetzbuch aufgenommen worden. Der Gesetzgeber dachte an eine Anzahl verschiedener Zwecke, die sich mit dieser Einrichtung verfolgen liessen. Zunächst wollte man dem Erblasser die Möglichkeit geben, verschiedene Personen nacheinander als Erben einzusetzen. Diese gewillkürte Nacherbfolge wird Anwendung finden, wenn der Erblasser eine Person zum Erben einsetzen, aber sie in ihrer Verfügung über die Nachlassgegenstände von Todeswegen und unter Lebenden beschränken will, sei

[1]) Vgl. § 1823 I. Entwurfes mit 1993 II. Entwurfes.
[2]) Protokolle Bd. V Seite 110.

es, dass er den Missbrauch seines Vermögens durch den Erben befürchtet, oder ihn des vernunftgemässen Gebrauches der Erbschaft nicht für fähig hält, sei es, dass er weniger dem zuerst Erbenden, als dem Nacherben, sein Vermögen zuwenden will. In diesen Fällen wird eine ziemlich weitgehende Beschränkung der Befugnisse des Vorerben am Platze sein. Oft wird aber der Erblasser dem Vorerben selbst seinen Nachlass zwar zuwenden und ihn nur in der Fähigkeit, von Todeswegen zu verfügen, beschränken wollen, um zu verhindern, dass der Nachlass an die Erben des Vorerben falle. In solchen Fällen wird es dem Willen des Erblassers entsprechen, dass der Vorerbe die freie Verfügung unter Lebenden über die Gegenstände des Nachlasses erhält.

Der Gesetzgeber wollte aber auch die Fälle treffen, in denen der Erblasser an ein zweifaches Erbrecht an seinem Nachlass nicht gedacht hatte[1]), in denen aber seinem Willen nicht anders als durch Einführung einer Vor- und Nacherbschaft entsprochen werden kann. Solche Fälle der sogenannten konstruktiven Nacherbschaft sind z. B. die Einsetzung eines Erben von einem bestimmten nach dem Erbfalle eintretenden Ereignis ab (Einsetzung eines zur Zeit des Erbfalles noch nicht Empfangenen). Da wir eine hereditas iacens im heutigen Rechte nicht kennen, muss bis zum Eintritt des Ereignisses ein Vorerbe die Erbschaft erhalten. Ohne dass der Erblasser dies gewollt hat treten hier die gesetzlichen Erben als Vorerben ein (§§ 2105 B.G.B.); denn dies ist der einzige Weg, dem Willen des Erblassers Geltung zu verschaffen. Natürlich hat der Erblasser hier nur die Absicht gehabt, dem Nacherben die Erbschaft zuzuwenden; also wird eine möglichst enge Einschränkung der Befugnisse der Vorerben angebracht sein, um die Erbschaft in einer ihrer ursprünglichen möglichst nahe kommenden Gestalt zu erhalten.

Der Fall, dass der Erblasser einen Erben unter einer Befristung oder auflösenden Bedingung zum Erben einsetzt,

---

[1]) §§ 2101, 2104, 2105 B.G.B.

ohne zu bestimmen, wer Erbe sein soll, wird durch die Auslegungsregel des § 2104 B.G.B. als eine Einsetzung der gesetzlichen Erben zu Nacherben aufgefasst. Ob hier der Erblasser eine eingeschränkte oder freie Stellung des Vorerben beabsichtigt hat, wird sich nur aus den Umständen des einzelnen Falles feststellen lassen.

Um allen diesen Möglichkeiten gerecht zu werden, hat das B.G.B. mit Rücksicht auf die Verfügungsbefugnisse zwei Hauptformen von Vorerben aufgestellt. Das Gesetz bedient sich zur Ausgestaltung der beiden Formen des Mittels, die eine Form ausführlich zu behandeln, die andere nur durch ihre Abweichungen von der als Grundlage benutzten Form zu kennzeichnen, ohne dass durch diese technische Behandlung die eine als wichtiger hingestellt werden soll als die andere.

Als Grundform hat das B.G.B. die Vorerbschaft mit allen für sie normierten Beschränkungen betrachtet. Die in der Praxis häufigere befreite Vorerbschaft oder Einsetzung des Nacherben auf den Überrest wird als besondere Art der Einsetzung eines Vorerben angesehen, und ihre Anwendung auf die Fälle beschränkt, in denen der Erblasser seine Absicht, den Vorerben zu befreien, zum Ausdruck bringt.

Die Zwischenformen, die durch ins einzelne gehende Bestimmungen des Erblassers entstehen können, haben als besondere Spezialitäten ein allgemeines Interesse nicht und müssen nach Lage des einzelnen Falles beurteilt werden, zumal eine allgemeine Betrachtung derselben an der Fülle der Möglichkeiten scheitert.

Da der befreite Vorerbe als Abart des einfachen Vorerben und durch Hervorhebung der Unterschiede von letzterem im Gesetze behandelt wird, so ist der Ausgestaltung des Rechtes der Vor- und Nacherbschaft überhaupt kurz vorzuführen, bevor auf das Recht des befreiten Vorerben im besonderen eingegangen werden kann.

§ 6.

Der Vorerbe im allgemeinen.

Die Nacherbschaft des B.G.B. beruht auf dem Grundgedanken, dass ein Erblasser von zwei Erben nach-

einander beerbt wird und zwar so, dass jedem der Erben der ganze Nachlass anfällt (§ 2 100 B.G.B.). Der erste Erbe, der Vorerbe, erhält also den Nachlass nur bis zu einem vom Erblasser bestimmten Zeitpunkt, im Zweifel seinem Tode, der zweite, vom Gesetz Nacherbe genannte, von diesem Zeitpunkte ab (§ 2106 B.G.B.)

Das Gesetz geht bei der Begriffsbestimmung vom Nacherben aus. Die Definition des Begriffes „Nacherbe" gibt § 2100 B.G.B. Danach ist Nacherbe ein Erbe,

> welchen der Erblasser in der Weise einsetzt, dass er erst Erbe wird, nachdem zunächst ein anderer Erbe geworden ist.

Jeder der beiden Erben wird also wirklicher Erbe; auf jeden finden grundsätzlich die Bestimmungen Anwendung, die für den Erben überhaupt gegeben sind, soweit nicht mit Rücksicht auf die Besonderheiten der Einrichtung der Nacherbschaft eine besondere Regelung die allgemeinen Grundsätze ausschliesst. Dass es der Wille des Gesetzgebers war, beide, den Vor- und den Nacherben, zu wirklichen Erben zu machen, und einem jeden von ihnen, soweit es möglich ist, die dem Alleinerben zukommenden Rechte zu sichern, erhellt aus dem ausdrücklichen Hinweis der Motive darauf, dass das Wesen der Nacherbeinsetzung darin liegen solle, dass zwischen dem Tode des Erblassers und dem Erbewerden des Nacherben ein Zeitraum liegt, in welchem nicht der Nacherbe, sondern eine andere Person Erbe ist (Mugdan, Materialien V. S. 43 zu § 1804). Dem klar ausgedrückten Willen des Gesetzgebers und den Worten des Gesetzes gegenüber konnte sich auch die vom Kammergericht auf kurze Zeit vertretene Ansicht[1]) nicht behaupten, dass bis zum Erbe werden des Nacherben, dem Nacherbfall, der Vorerbe und der Nacherbe nur zusammen berechtigt seien, über den Nachlass zu verfügen, dass sie nur zusammen Herren der Erbschaft seien. Grundsätzlich ist der Vorerbe bis zum Nacherbfall zur Verwaltung des Nachlasses und zur Ver-

[1]) Beschluss des K.G. vom 16. Februar 1903 bei Johow Bd. 26 A. S. 264. Vgl. hierzu auch Cohn J. W. Jahrg. 1903 S. 364.

fügung über die Nachlassgegenstände, und soweit es sich um Vormiterben handelt, auch die Anteile an der Erbschaft berechtigt (§ 2112 B.G.B.) Der Nacherbe wird erst Erbe, nachdem es der Vorerbe war; sein Erbrecht beginnt mit dem Aufhören des Erbrechts des Vorerben. Der Nacherbe kann daher vor dem Nacherbfall kein Erbrecht geltend machen; denn er hat noch kein Erbrecht an der Erbschaft. Freilich ist er durch seine Berufung zum Nacherben bereits in ein rechtliches Verhältnis zum Nachlass getreten, aber das stellt sich nur als ein Recht auf den künftigen Erwerb der Erbschaft dar, als eine Anwartschaft. Inwieweit diese Anwartschaft bereits vom Nacherben als Vermögensbestandteil angesehen werden kann, oder ob sich das Recht auf den Erwerb der Erbschaft als ein persönliches oder absolutes darstellt, interessiert hier nicht. Dagegen ist die Frage von Bedeutung, ob die Anwartschaft den Nacherben bereits in eine dingliche Beziehung zu den einzelnen Nachlasssachen bringt, ob er bereits ein Recht an ihnen hat. Diese Frage, die durch die Rechtsprechung des Kammergerichts und des Reichsgerichts[1]), welche eine Zeitlang eine solche Berechtigung des Nacherben schon während der Dauer der Vorerbschaft annahmen aufgeworfen wurde, wird nunmehr allgemein, auch von diesen Gerichten, in verneinendem Sinne beantwortet. Ich werde deshalb nur kurz weiter unten darauf eingehen.

Die Stellung des Vorerben ist zunächst weit günstiger als die des Nacherben, weil ihm die Erbschaft zuerst anfällt, er sie also in der ursprünglichnn Form erhält, während der Nacherbe sie empfängt, nachdem sie dem Einflusse des Vorerben ausgesetzt war. Der tatsächliche Nachteil des Nacherben bedurfte der Ausgleichung durch die Gesetzgebung; denn auch der Nacherbe leitet sein Recht vom Erblasser her und erhält die Erbschaft, wenn auch aus der Hand des Vorerben, als

[1]) Mit dem Beschluss vom 16. Februar 1903 (Johow 26 A. 264) stellte sich das Kammergericht auf diesen Standpunkt, der im Beschluss des Reichsgerichts vom 23. Februar 1907 (R.G. Bd. 65: Seite 215) endgültig abgelehnt wurde.

Nachfolger des Erblassers. Da die Vorerbschaft meist einige Zeit dauern wird und soll, so verändert sich naturgemäss die Erbschaft bis zum Nacherbfall. Um den Umfang der Erbschaft zur Zeit der Herausgabe an den Nacherben bestimmen zu können, und die Erbschaft ihrer ursprünglichen Form möglichst ähnlich zu erhalten, hat das Gesetz das Surrogationsprinzip hier eingeführt (§ 2111). Die Anwendung dieses Prinzips nötigt dazu, den Nachlass als eine besondere Masse zu behandeln die mit dem übrigen Vermögen des Vorerben nicht verschmilzt, wenn er auch Herr dieses Sondervermögens ist. In der Verwaltung des Nachlasses und in der Behandlung der Nachlassgegenstände oder der an ihre Stelle tretenden Sachen muss der Vorerbe dem Nacherben im Falle der Nacherbfolge für diejenige Sorgfalt einstehen, die er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt (§ 2131 B.G.B.)

Um dem Nacherben die Wahrung seiner Interessen schon vor dem Nacherbfall zu ermöglichen, und dadurch einer Verminderung oder gar Vernichtung der Erbschaft vorzubeugen, sind ihm eine Anzahl persönlicher Rechte gegen den Vorerben eingeräumt, auf Auskunftserteilung (§ 2127), Inventareinrichtung (§ 2121), Beobachtung gewisser Verwaltungsprinzipien bezw. Aufstellung eines Wirtschaftsplanes für die Bewirtschaftung von Waldgrundstücken und Bergwerken (§ 2123), und für den Fall, dass die Verwaltung des Vorerben die Erbschaft zu gefährden, droht, ein Recht darauf, dass dem Vorerben die Verwaltung entzogen und einem vom Gerichte zu bestellenden Verwalter übertragen werde (§ 2129). Diese Rechte bezwecken die Sicherung des Nacherben und entspringen seiner Anwartschaft auf den Nachlass ganz entsprechend den Rechten der Anwärter eines Familienfideikommisses [1]).

Die Möglichkeit der Schädigung des Nachlasses durch Verfügungen des Vorerben kann auch durch das Surrogationsprinzip nicht ausgeschlossen werden. Dabei ist nicht nur an die unentgeltlichen Verfügungen zu

[1]) Vgl. Stobbe, Deusches Privatrecht Bd. II 2, § 199 Seite 534.

denken, bei denen ein Surrogat des Nachlassgegenstandes, über den verfügt wird, nicht entsteht; häufig sind auch solche Verfügungen schädlich, durch die sichere und unverlierbare Bestandteile der Erbschaft gegen verbrauchbare oder der Gefahr des Unterganges oder Wertverlustes stärker ausgesetzte Gegenstände eingetauscht werden. Unwesentlich ist dabei, ob das der Verfügung zugrunde liegende Cansalgeschäft sich wirtschaftlich günstig darstellt, d. h. ob der Kaufpreis zum Beispiel hoch war, oder nicht[1]). Daher hat das Gesetz den Vorerben in mancher Hinsicht in seiner Verfügungsfreiheit soweit beschränkt, als der Nacherbe durch die Verfügung benachteiligt werden würde. (§§ 2113—2115 B.G.B.)

Der Natur des zeitlich begrenzten Rechtes des Vorerben entsprechend, sind die Verfügungsbeschränkungen, denen er unterworfen ist, zeitliche; sie beschränken die Wirksamkeit der mit ihnen behafteten Verfügungen auf die Zeit der Vorerbschaft. Solange der Vorerbe Herr der Erbschaft ist, sind seine Verfügungen sämtlich wirksam; mit dem Augenblicke des Nacherbfalls verlieren jedoch die Verfügungen, die einer Beschränkung zu gunsten des Nacherben unterliegen, ihre Wirksamkeit.

Die Unwirksamkeit, der diese Verfügungen verfallen, ist eine absolute. Predari[2]) will die Unwirksamkeit der Verfügungen des Vorerben nur als eine relative auffassen, die nur der Nacherbe geltend machen kann. Predari begründet seine Ansicht damit, dass hier eine Verfügungsbeschränkung lediglich im Interesse des Nacherben vorliege, und dass dieser jeder Zeit, auch nach Eintritt der Nacherbfolge, das Recht habe, die Verfügung des Vorerben durch Genehmigung vollwirksam zu machen; es handle sich also um eine Veräusserungsbeschränkung, die der des § 135 B.G.B. entspreche. Diese Gründe können nicht als durchschlagend angesehen werden; vielmehr zeigen die Bestimmungen über die Verfügungsbeschrän-

---

[1]) Dagegen Salinger in Köhlers Archiv f. d. bürgerliche Recht Bd. 19 S. 138 (161) und Brachvogel im Gruchot Bd. 50 Seite 74 Anm. 10.

[2]) Kommentar zur Grundbuchordnung. Anm. zu § 52.

kungen des Vorerben eine nahe Verwandtschaft mit dem § 161 B.G.B., der Verfügungen, die ihm zuwider laufen, absolut unwirksam macht; denn hier wie dort handelt es sich um die Unwirksamkeit von Verfügungen, die erst eintritt, nachdem die betreffende Verfügung eine Zeit lang wirksam gewesen ist. Vor allem aber bedient sich das B.G.B. im § 161 und 2113 einer ganz übereinstimmenden Sprache. Auch hat der Gesetzgeber selbst es in den Motiven[1]) zum Ausdruck gebracht, dass er die Unwirksamkeit der Verfügungen des Vorerben in einer dem § 161 B.G.B. entsprechenden Weise aufgefasst wissen will. Predaris Gründe für die Annahme einer relativen Unwirksamkeit widersprechen der Anlehnung an § 161 B G.B. nicht; denn auch hier handelt es sich lediglich um den Schutz der Interessen des Berechtigten, und auch hier muss ein Verzicht des Berechtigten auf die Folgen der Verfügungsbeschränkung die Verfügung wirksam machen; denn es steht dem Berechtigten und Geschützten stets frei, sich des Rechtes und seines Schutzes zu entschlagen[2]). Aus diesen Gründen dürften die mit Beschränkungen behafteten Verfügungen des Vorerben mit dem Eintritt der Nacherbfolge als absolut unwirksam zu betrachten sein.

Die Nachlassgegenstände, die durch unwirksam gewordene Verfügungen des Vorerben aus dem Nachlass in die Herrschaft eines dritten gelangt sind, gehören mit dem Augenblicke der Nacherbfolge ipso iure wieder zum Nachlass, wenn nicht inzwischen ein Erwerb infolge guten Glaubens sich an ihnen vollzogen hat. (§ 2113 Abs. 3 B.G.B.)

Der Eintritt der Unwirksamkeit der von Beschränkungen getroffenen Verfügungen kann durch die Einwilligung des durch die Verfügungsbeschränkung geschützten Nacherben in die Verfügung verhindert werden. Soweit die Verfügungen des Vorerben zur ordnungsmässigen Wirtschaft gehören, ist der Vorerbe sogar be-

[1]) V. Seite 115 zu § 1828.
[2]) Staudinger I § 161 Anm. 3.

rechtigt, von dem Nacherben die Einwilligung in die Verfügung zu verlangen. (§ 2120 B.G.B.)

Aus der Tatsache, dass den Vorerben Verfügungsbeschränkungen zugunsten des Nacherben treffen, und dass die Einwilligung des Nacherben in Verfügungen des Vorerben die Beschränkungen beseitigt, hat das Kammergericht[1]) schliessen zu müssen geglaubt, dass dem Nacherben an den einzelnen Nachlassgegenständen dingliche Rechte zuständen[2]), so dass er durch die Verfügungen des Vorerben über die Nachlassgegenstände in seinem Rechte betroffen würde. Dieser Schluss findet in dem, was das Gesetz über die Rechte des Vor- und Nacherben sagt, keine Stütze. Aus den Bestimmungen des Gesetzes ist nur zu entnehmen, dass der Nacherbe ein festes Recht auf den Anfall der Erbschaft haben soll. Das Recht auf den Erwerb der Erbschaft ist aber nur ein aufschiebend bedingtes Recht auf die Erbschaft als ganzes. Solange der Erwerb der Erbschaft nicht eingetreten ist, ergreift dieses Recht die einzelnen Gegenstände der Erbschaft nicht, es wird daher das Recht im ganzen durch das Schicksal der einzelnen Gegenstände nicht berührt. Daran ändert auch die Eintragungsfähigkeit des Rechts auf den Erwerb des Nachlasses nichts; denn die Eintragung hat nur den Zweck, die sich aus dem Vor- und Nacherbenverhältnis ergebenden Beschränkungen des Vorerben Dritten zur Kenntnis zu bringen, und die Zugehörigkeit des betreffenden Grundstücks oder Rechtes an einem Grundstücke zum Nachlass zu verlautbaren. Den Verfügungsbeschränkungen selbst ist auch nicht zu entnehmen, dass ihnen ein Recht des Nacherben an den Gegenständen entspricht, in deren Verfügung sie den Vorerben beschränken. Es ist begrifflich nicht notwendig, dass jeder Beschränkung eines Rechtes ein entsprechendes Recht eines andern gegenübersteht, das genau in die Beschränkung eingreift. Die Beschränkungen des Vorerben treten ja auch dann ein, wenn ein Nacherbe gar-

[1]) Beschluss vom 16. Februar 1903, Johow 26 A. S. 264.

[2]) Vgl. Weber in der Zeitschr. des Deutsch. Notarvereins Jhrg. 1906 S. 619ff. und Brachvogel bei Gruchot Bd. 50 Seite 68ff.

nicht vorhanden ist, und ein Nacherbenrecht mangels eines Subjektes noch nicht entstanden ist. Dieses Argument Försters[1]) gilt auch für das Bürgerliche Recht. Auch das Recht des Nacherben, durch Genehmigung die in ihrer Wirksamkeit beschränkten Verfügungen des Vorerben vollwirksam zu machen, kann nicht als Ausfluss eines Rechtes an den Nachlassgegenständen angesehen werden, sondern ist lediglich das allgemeine Recht, auf ein dem Interesse des Nacherben allein dienendes Schutzmittel zu verzichten.

Die Annahme eines absoluten Rechtes an den einzelnen Nachlassgegenständen müsste wieder dazu führen, dem Nacherben schon Erbeneigenschaft zu geben, solange der Vorerbe noch Erbe ist. Damit wäre also der oben schon als überwunden bezeichnete Standpunkt erreicht, dass Vor- und Nacherbe nur gemeinsam Erben sind. Die Annahme absoluter Rechte des Nacherben an den einzelnen Nachlassgegenständen schon vor dem Nacherbfall stände also mit der Bestimmung des § 2100 B.G.B. im Widerspruch. Von einer entgegen den Verfügungsbeschränkungen vorgenommenen Verfügung des Vorerben wird der Nacherbe erst in dem Augenblick betroffen, in dem er Herr der Erbschaft wird und ein Recht an den einzelnen Bestandteilen der Erbschaft bekommt.

Im einzelnen treffen den Vorerben folgende Beschränkungen und Pflichten.

Die Verfügungen des Vorerben über Grundstücke und Rechte an Grundstücken, sowie im besonderen über Hypotheken, Grund- und Rentenschulden sind bei Eintritt des Nacherbfalls unwirksam, soweit sie das Recht des Nacherben vereiteln oder beeinträchtigen würden (§§ 2113, Abs. 1 und 2114 B.G.B.). Zu den Verfügungen über Hypotheken, Grund- und Rentenschulden sei bemerkt, dass der Vorerbe diese kündigen und einziehen darf; Zahlung an sich darf er nur verlangen, wenn er die Einwilligung des Nacherben beibringt. Andernfalls kann er

[1]) Preuss. Privatrecht Bd. V. § 275 Anm. 28.

nur Hinterlegung für sich und den Nacherben fordern. Ferner sind Verfügungen, die im Wege der Zwangsvollstreckung oder Arrestvollziehung oder durch den Konkursverwalter erfolgen, unwirksam, soweit sie das Recht des Nacherben beeinträchtigen oder vereiteln würden (§ 2115 B.G.B.) Und schliesslich sind mit dieser Massgabe auch Verfügungen über Nachlassgegenstände unwirksam, die unentgeltlich oder zum Zwecke der Erfüllung eines Schenkungsversprechens erfolgen, abgesehen von Schenkungen, die einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entsprechen (§ 2113 B.G.B. Abs. 2). Mit Ausnahme der im § 2115 B.G.B. bestimmten werden alle diese Verfügungsbeschränkungen durch die Anwendbarkeit der Bestimmungeu über den Erwerb auf Grund guten Glaubens gemildert. (§ 2113 Abs. 3 B.G.B.)

Einer Beschränkung der Verwaltungsfreiheit unterliegt der Vorerbe insoweit, als er Geld, das dauernd anzulegen ist, nur mündelsicher anlegen darf (§ 2119 B.G.B.). Weitere Beschränkungen in der Verwaltung der Erbschaft durch den Vorerben können durch die aus der Anwartschaft entspringenden, persönlichen Rechte des Nacherben, die diesem einen Einfluss auf die Verwaltung gewähren, herbeigeführt werden: Der Nacherbe kann die Hinterlegung von Inhaberpapieren und von Orderpapieren mit Blankoindossament, mit Ausnahme der Inhaberpapiere, die als verbrauchbare Sachen zu behandeln sind, und der Zins-, Renten- und Gewinnanteilscheine, bei einer Hinterlegungsstelle oder bei der Reichsbank mit der Massgabe verlangen, dass die Herausgabe nur mit Zustimmung des Nacherben verlangt werden kann. Die Verfügung über die hinterlegten Papiere kann nur mit Zustimmung des Nacherben erfolgen. (§ 2116 B.G.B.)

Der Nacherbe hat ferner das Recht, in Fällen, in denen das Vorerbe Anlass zu der Besorgnis einer erheblichen Verletzung der Rechte des Nacherben gibt, Sicherheitsleistung zu verlangen (§ 2128 B.G.B.) und gemäss § 1052 B.G.B. eine Verwaltung des Nachlasses durch einen vom Gerichte zu bestellenden Verwalter herbeizu-

führen und auf diese Weise dem Vorerben die Verwaltung ganz zu entziehen. (§ 2129 B.G.B.)

Hinsichtlich gewisser Arten von Nachlassbestandteilen (Wäldern, Bergwerken und anderen auf die Gewinnung von Bodenbestandteilen gerichteten Anlagen) hat der Nacherbe das Recht, die Aufstellung eines Wirtschaftsplanes zu verlangen (§ 2123 B.G.B.)

Tatsächliche Voraussetzung für die Ausübung seiner Rechte ist für den Nacherben die Kenntnis des Zustandes der Erbschaft. Um sie zu erlangen, darf er vom Vorerben ein Nachlassverzeichnis verlangen (§ 2121 B.G.B.) und den Zustand der Nachlassgegenstände durch Sachverständige feststellen lassen (§ 2122 B.G.B.). Auch ist der Vorerbe verpflichtet, ihm Auskunft über den Bestand der Erbschaft zu geben, wenn Grund zu der Annahme besteht, dass seine Rechte verletzt werden (§ 2127 B.G.B.)

Der Vorerbe muss Gegenstände, die er für sich verwendet (§ 2134), und übermässig gezogene Früchte (§ 2133) dem Nacherben ersetzen. Er haftet dem Nacherben für die Nachlassgegenstände für die Sorgfalt, die er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt (§ 2131 B.G.B.)

Der befreite Vorerbe.

§ 7.

Übersicht über seine Rechte und Pflichten.

Der Erblasser kann den Vorerben von dem grössten Teile der aufgeführten Beschränkungen befreien (§ 2136). Bestimmt der Erblasser den Umfang der Befreiung nicht ausdrücklich, oder setzt er den Nacherben auf den Überrest ein, so gilt der Vorerbe als von allen Beschränkungen und Verpflichtungen befreit, von denen eine Befreiung zulässig ist (§ 2137). Bei weitestgehender Befreiung bleiben jedoch die Beschränkungen bestehen, welche die unentgeltlichen und zum Zwecke der Erfüllung von Schenkungsversprechen vorgenommenen Verfügungen des Vorerben (§ 2113 Abs. 2) und die Verfügungen im Wege der Zwangsvollstreckung, Arrestvollziehung sowie diejenigen durch den Konkursverwalter (§ 2115) treffen.

Ferner ist eine Befreiung von den Pflichten der Inventarerrichtung (§ 2121) und Zulassung einer Feststellung des Zustandes der Nachlassgegenstände (§ 2122) unzulässig. Es ist selbstverständlich, dass die Grundlage des Instituts der Nacherbschaft, das Surrogationsprinzip, nicht durch die Befreiung von den Beschränkungen und Verpflichtungen des Vorerben berührt wird. Das Surrogationsprinzip hat ja auch weder eine Verpflichtung, noch eine Beschränkung des Vorerben zur Folge, sondern führt lediglich eine Abgrenzung des Nachlasses gegen das übrige Vermögen des Vorerben herbei.

Verminderungen der Erbschaft sind unzulässig, soweit sie nur in der Absicht der Benachteiligung des Nacherben erfolgen. Solche Verminderungen, sowie die unentgeltlichen Verfügungen machen den befreiten Vorerben dem Nacherben gegenüber schadenersatzpflichtig (§ 2138 Abs. 2 B.G.B.)

Von den hier angeführten Pflichten und Beschränkungen abgesehen, ist der befreite Vorerbe zur Verfügung und Verwaltung, zum Fruchtgenuss und zum Verbrauch der Erbschaft vollberechtigt.

§ 8.

Die Verfügungen über Grundstücke und Rechte an solchen.

Wie in unserem Rechte überhaupt, so haben auch im Rechte des Vor- und Nacherben die Grundstücke als die sichere, festliegende und unveränderliche Grundlage des Vermögens eine Sonderstellung unter den Vermögensgegenständen erhalten. Bei der Aufstellung der Regeln über die Verfügungsbefugnis des Vorerben musste dem Grundbuchsystem, das wir heute haben, Rechnung getragen werden.

Mit dem Erbfall geht das Vermögen des Erblassers auf den Vorerben als Herren über. Dieser kann sich dementsprechend auch als Eigentümer der Grundstücke des Nachlasses in das Grundbuch eintragen lassen. Sein Recht an der Erbschaft ist jedoch, wie oben ausgeführt, ein zeitlich beschränktes. Der Vorerbe ist daher nur mit der Massgabe Eigentümer der Erbschaftsgegenstände, ins-

besondere der Grundstücke, dass sein Eigentum mit Eintritt eines bestimmten Zeitpunktes oder einer Bedingung sein Ende erreicht. Die Eintragung des Vorerben ohne weiteren Zusatz ins Grundbuch liesse die Einschränkung seines Eigentums nicht erkennen und gäbe also ein falsches Bild von seinem Rechte.

Seinem zeitlich beschränkten Rechte entsprechend ist dem Vorerben die freie Verfügung über die unbeweglichen Nachlassgegenstände nur für die Zeit seiner Herrschaft über sie gestattet. Da z. B. das Eigentum an sich ein zeitlich unbegrenztes Recht ist, so ist es dem Vorerben unmöglich, einem dritten Eigentum schlechthin an einem Erbschaftsgrundstück zu übertragen; wirksam kann er die Übertragung nur für die Zeit seiner Herrschaft vornehmen. Diese Beschränkungen der Verfügungsfähigkeit des Vorerben dienen allein dem Schutze der Anwartschaft des Nacherben, und für Verfügungsbeschränkungen zu gunsten einer bestimmten Person hat das B.G.B. durch § 892 B.G.B. die Notwendigkeit der Eintragung als Voraussetzung ihrer Wirksamkeit ausgesprochen. Um das Grundbuch mit der wirklichen Lage der Dinge in Übereinstimmung zu bringen, ist demnach bei Eintragung des Vorerben ein Vermerk darin aufzunehmen, aus dem das Vorliegen einer Nacherbschaft hervorgeht.

Um dem Nacherben ein Mittel in die Hand zu geben, die zu seinen Gunsten bestehende Verfügungsbeschränkung gemäss § 892 B.G.B. wirksam zu machen, und die Unrichtigkeit des Grundbuches, die durch eine Eintragung des Vorerben ohne Zusatz des Nacherbenvermerks entsteht oder entstehen könnte, zu beseitigen, ist dem Nacherben die Befugnis gegeben, gemäss § 894 B.G.B. die Zustimmung des Vorerben zur Berichtigung des Grundbuches, eventuell die vorherige Eintragung des Vorerben zu verlangen (§ 895 B.G.B.) Diese Befugnis des Nacherben will Hothorn[1]) nicht anerkennen, weil der Nacherbe noch kein „Recht“ an den Nachlassgrundstücken habe, auf deren Grundbuchblatte der Nach-

[1]) Hothorn, die Rechtsstellung des befreiten Vorerben Seite 140—142

erbenvermerk eingetragen werden soll. Die Rechte, von denen das Bürgerliche Gesetzbuch im zweiten Abschnitt seines dritten Buches handele, seien ausschliesslich Rechte an Grundstücken, die durch Einigung und Eintragung begründet werden. Zu diesen gehört das Recht des Nacherben freilich nicht, weder ist es ein Recht am Grundstücke — denn es ergreift nur die Erbschaft im ganzen —, noch gehören zu seiner Begründung Einigung und Eintragung. Trotzdem ist der oben im § 4 angedeuteten Geschichte des § 894 B.G.B. zu entnehmen, dass hier die Bezeichnung „Rechte" nicht so eng ausgedeutet werden darf, wie Hothorn es will, sondern dass die Eintragungsfähigkeit des Nacherbenrechtes genügt, um ihm den Schutz der §§ 894/95 B.G.B. zu verschaffen.[1]) Es bedarf dieses Schutzes, weil seine Eintragbarkeit von der Eintragung des Vorerben abhängig ist. Ist aus tatsächlichen Gründen, — z. B. weil der Nacherbe noch nicht geboren oder seine Person noch nicht bestimmt ist, — der Nacherbe nicht in der Lage, seinen Berichtigungsanspruch geltend zu machen, so würde er trotz § 894 B.G.B. schutzlos sein. Um dem entgegenzutreten, ordnet § 52 Grundbuchordnung ausnahmsweise eine Eintragung des Nacherben von Amtswegen an, sobald dem Grundbuchrichter die Nacherbschaft bekannt wird. Die Nacherbschaft muss dem Grundbuchrichter in jedem Falle bei der ersten Eintragung bekannt werden, die der Vorerbe bezüglich eines Erbschaftsgrundstückes oder eines zur Erbschaft gehörigen Rechtes an einem Grundstücke veranlasst; denn der Grundbuchrichter muss bei der Prüfung der Legitimation des Vorerben im Testament oder Erbschein, die seine Erbenstellung beweisen, den Hinweis auf die Nacherbschaft finden.

Die Bestimmung des § 52 G.B.O. ergreift auch den befreiten Vorerben. Auch seinem Recht ist von Amts-

---

[1]) Unrichtig ist m. E. das Beispiel Hothorns in der Anm. 1 auf Seite 143; denn die Einwilligung in die Berichtigung kann nur von dem verlangt werden, dessen Recht durch die Berichtigung betroffen wird; an der Berichtigung betroffen werden kann aber nur ein Grundstücksrecht, das Nacherbenrecht also nicht.

wegen die Beschränkung durch die Nacherbschaft bei der Eintragung ins Grundbuch hinzuzusetzen. Um jedoch dem befreiten Vorerben die aus seiner Befreiung entspringenden Rechte zu wahren, tritt folgerichtig zur Eintragung des Nacherbenrechtes ein weiterer, die Befreiung betreffender Zusatz hinzu.

Die Eintragung des Nacherbenvermerks wird trotz der freien Verfügungsbefugnis des befreiten Vorerben über Grundstücke und Rechte an solchen nicht entbehrlich; denn der Nacherbe muss gegen Verfügungen des befreiten Vorerben geschützt sein, die dieser nach dem Aufhören des Vorerbenrechtes vornimmt. Die Eintragung des Nacherbenvermerkes hindert den Vorerben keineswegs an der Verfügung über Grundstücke und Rechte an solchen, sie bringt nur das Bestehen der Nacherbschaft zur öffentlichen Kenntnis und vernichtet den guten Glauben, durch den eine nach materiellem Rechte dem Nacherben gegenüber unwirksame Verfügung des befreiten Vorerben volle Wirksamkeit auch gegen den Nacherben erlangen könnte.[1]) Soweit der befreite Vorerbe materiell rechtlich zur freien Verfügung berechtigt ist, erlangen seine Verfügungen auch dauernde Wirksamkeit, wenn der Nacherbenvermerk im Grundbuche des Gegenstandes der Verfügung eingetragen ist. Die Eintragung eines Zusatzes bezüglich der Befreiung des Vorerben macht die Befreiung der Öffentlichkeit bekannt und erspart dem Vorerben, sowie Dritten, die sich darauf berufen, den Nachweis der Verfügungsberechtigung des Vorerben im allgemeinen. Der Zusatz der Befreiung dient also dem befreiten Vorerben zur Sicherung seiner

---

[1]) Nur der gute Glaube des Dritten, dass er es mit einem frei Verfügungsberechtigten zu tun habe, wird vernichtet. Das genügt jedoch; denn sobald der Dritte weiss, dass sein Geschäftsgegner Vorerbe ist, muss er gewärtig sein, dass sein vom Vorerben erworbenes Recht unwirksam werden kann. Unrichtig erscheint mir die Ansicht Hothorns (a. a. O. z. B. Seite 175 und 182), dem der gute Glaube des Dritten auch insoweit erheblich erscheint, als er sich auf Rechtsverhältnisse zwischen Vor- und Nacherben erstreckt, die meines Erachtens den Dritten nichts angehen.

freien Verfügung über die Grundstücke der Erbschaft und zu ihr gehörige Rechte an Grundstücken.

In der Praxis stellt sich freilich die Anwendung der soeben dargestellten Regeln nicht so klar und einfach dar wie sie sich theoretisch entwickeln lassen. Der Vorerbe, der über Grundstücke verfügt, wird in den wenigsten Fällen damit zufrieden sein, dass seine Verfügung zwar für immer wirksam ist, im Grundbuche des Grundstückes aber das Nacherbenrecht eingetragen bleibt; denn es wird sich nur schwer jemand finden lassen, der ein Grundstück mit einer solchen Eintragung erwirbt, selbst wenn der Befreiungsvermerk dabeisteht. Denn der Erwerber ist gar nicht in der Lage, zu übersehen, welche Rechte dem Nacherben an diesem Grundstücke zustehen, und wie er selbst sich der Angriffe des Nacherben erwehren könne. Darum handelt es sich für den befreiten Vorerben vor allem um zwei Fragen:

1. Wie kann der befreite Vorerbe eine Löschung des Vermerkes des Nacherbenrechts herbeiführen, wenn ein Nachlassgrundstück oder ein zum Nachlass gehöriges Recht an einem Grundstück veräussert werden soll?

2. Ist es möglich, ein Nachlassgrundstück oder ein zum Nachlass gehöriges Recht an einem Grundstück zu veräussern, ohne dass eine Eintragung des Vorerben und des Nacherbenrechtes überhaupt erfolgt (§ 41 G.B.O.), sodass also die Löschung des Nacherbenvermerkes vermieden wird?

Ist der befreite Vorerbe bereits als Eigentümer eines Erbschaftsgrundstückes oder als Berechtigter eines zur Erbschaft gehörigen Rechtes an einem Grundstücke auf Grund der letztwilligen Verfügung bezw. des Erbscheins eingetragen worden, so ist durch dieselbe Urkunde dem Grundbuchamt auch die Nacherbschaft und die Befreiung des Vorerben bekannt geworden (§ 2363 B.G.B.) und gemäss § 52 G.B.O. eingetragen worden.

Will der befreite Vorerbe das Grundstück beispielsweise auf Grund eines Verkaufes auflassen, also eine Verfügung treffen, deren Wirkung über die Zeit seiner Vorerbschaft hinausreichen soll, so ist er hierzu als befreiter

Vorerbe berechtigt und kann seine Berechtigung durch die Eintragung der Befreiung nachweisen. Die Auflassung, die auf Grund des Verkaufs erfolgt, ist also in jedem Falle gegen den Nacherben wirksam. Die Eintragung des Erwerbers auf Grund der Auflassung ist ohne weiteres zulässig, wenn der Grundbuchvermerk über die Nacherbfolge und die Befreiung des Vorerben durch die Auflassung unberührt bleibt. Durch den Weiterbestand des Nacherbenvermerkes wird aber das Grundbuch unrichtig, da das Grundstück mit der Auflassung aus dem Kreis der Erbschaftsgegenstände ausscheidet. Überdies wird ein Grundstückskäufer sich kaum die Belastung mit einem derartigen Vermerk gefallen lassen, wie ich das oben erwähnte. Der Käufer wird stets verlangen und verlangen dürfen, dass der Nacherbenvermerk zugleich mit der Eintragung des Vorerben gelöscht werde, da dieser Vermerk eine Verfügungsbeschränkung darstellt, die nicht mehr besteht. Zur Löschung einer Verfügungsbeschränkung bedarf es aber der Einwilligung des durch die Verfügung Geschützten oder des Nachweises der Unrichtigkeit des Vermerkes (§§ 892, 894 B.G.B. und 22 G.B.O.)

Das Erfordernis der Einwilligung des Nacherben stellt für den befreiten Vorerben die Vernichtung der Vorteile dar, die ihm durch die Befreiung zugedacht sind[1]); denn die Einwilligung des Nacherben genügt ja auch dann zur Löschung, wenn wir es mit einem unbefreiten Vorerben zu tun haben. Der Zweck der Befreiung, die Unabhängigkeit des Vorerben vom Willen des Nacherben, geht auf diese Weise verloren.

Es bleibt aber noch die zweite Möglichkeit, durch den Nachweis der Unrichtigkeit der vermerkten Verfügungsbeschränkung den Vermerk zur Löschung zu bringen (§§ 22 G.B.O.) Soweit dieser Nachweis die Befreiung des Vorerben von Verfügungsbeschränkungen im allgemeinen betrifft, ist er durch die Eintragung der Befreiung erbracht. Der Vorerbe ist aber nicht von allen

[1]) Vgl. den Beschluss des Kammergerichts vom 22. Dezember 1902 (Johow 25 A. 278).

zugunsten des Nacherben aufgestellten Verfügungsbeschränkungen befreit. Seine Verfügungsbefugnis ist daher noch bezüglich der vorliegenden Verfügung im besonderen zu beweisen. Unentgeltliche Verfügungen (§ 2113 Abs. 2 B.G.B.) kann der Vorerbe trotz seiner Befreiung mit Wirksamkeit für die Zeit nach dem Nacherbfall nicht vornehmen. Er muss daher, um zu beweisen, dass er ohne Beschränkung berechtigt ist, das Grundstück aufzulassen, nachweisen, dass ein entgeltliches Geschäft vorliegt. Mit diesem Nachweis erst ist die Unrichtigkeit der die Verfügungsbeschränkung betreffenden Eintragung bewiesen und ihre Löschung nach § 22 G.B.O. ermöglicht. Wie der Beweis der Entgeltlichkeit einer Verfügung zu führen ist, will ich weiter unten behandeln, da es auch in den übrigen, zu erwähnenden Fällen von Verfügungen auf ihn ankommen wird[1]).

[1]) Um den Schwierigkeiten des Beweises der Entgeltlichkeit zu entgehen, versucht Hothorn (Rechtsstellung des befreiten Vorerben, S. 150ff.), diesen Beweis ganz auszuschalten. Er geht davon aus, dass ein einwandfreier Nachweis der Entgeltlichkeit einer Verfügung überhaupt nicht, auch im Wege des Rechtsstreits (a. a. O. S. 155) nicht erbracht werden könne; und darum will er auf den Nachweis überhaupt verzichten. Das entspreche auch ganz den Absichten des Gesetzgebers; denn die Anordnungen des Gesetzes schützten selbst bei unbefreiter Vorerbschaft den Nacherben nicht gegen jede Beeinträchtigung, die durch unentgeltliche Verfügungen des Vorerben geschehen kann. Demgegenüber sei es inkonsequent, bei befreiter Vorerbschaft strengere Massnahmen ergreifen zu wollen (a. a. O. Seite 158/9). Wenn der Nacherbenvermerk lediglich Verfügungen des befreiten Vorerben nach Eintritt des Nacherbfalls unschädlich mache und den Richter bei der Zwangsvollstreckung auf die Zugehörigkeit des Grundstücks oder Grundstücksrechts, das Vollstreckungsobjekt sein soll, zum Nachlass aufmerksam mache, so erfülle er alles, was man von ihm erwarten könne und dürfe. Ob die Verfügungen des Vorerben entgeltlich oder unentgeltlich seien, das zu prüfen, sei nicht Sache des Grundbuchrichters. Bei jeder Veräusserung seitens des Vorerben sei auf Antrag des Nacherbenvermerk zu löschen.

Hothorns Ansicht scheint mir zu weit zu gehen. Das Gesetz gibt in § 52 G.B.O. ein Mittel zur Durchführung der Verfügungsbeschränkungen des Vorerben zu gunsten des Nacherben. Es ist nicht anzunehmen, dass dieses Durchführungsmittel einzelnen gesetzlich angeordneten Bestimmungen nicht zu gute kommen sollte.

Genau so wie die Veräusserung eines Grundstückes, wird sich die Abtretung einer Nachlasshypothek gestalten. Auch hier wird sich aus denselben Gründen die Alternative ergeben, entweder die Einwilligung des Nacherben beizubringen, oder die Entgeltlichkeit der Verfügung zu beweisen, wenn der Nacherbenvermerk zur Löschung gebracht werden soll.

Auch bei der Löschung einer Nachlasshypothek handelt es sich um dieselben Fragen, wie bei der Auflassung eines Nachlassgrundstückes durch den befreiten Vorerben an einen Dritten. Von der Auflassung und der Abtretung unterscheidet sich die Löschung jedoch durch ihren Erfolg. Während bei den beiden andern Arten von Verfügungen nur eine Veränderung des Rechtes, auf das sie gerichtet sind, eintritt, ohne dass dadurch der Bestand des Rechtes berührt wird, so soll durch die Löschung eine Vernichtung des Rechtes herbeigeführt werden. Während die Auflassung und Abtretung nicht verhindern, dass durch eine weitere Änderung des Rechtes das alte Recht in den alten Zustand zurückgeführt wird, ist eine Rückgängigmachung der Löschung unmöglich [1]). Eine gelöschte Hypothek existiert nicht mehr und kann nicht mehr ins Dasein zurückgerufen werden. Eine Löschung unter einer Bedingung ist deshalb ausgeschlossen. Während also bei den andern genannten Verfügungsarten die Rechte, die durch den Vorerben der Nacherbschaft entzogen sind, unter gewissen Voraussetzungen mit Eintritt des Nacherbfalls wieder in

---

Zwar ist es richtig, dass die Durchführung der angeordneten Verfügungsbeschränkungen hinsichtlich unentgeltlicher Verfügungen darunter leidet, dass sich die Entgeltlichkeit oft schwer, vielleicht überhaupt nicht mit Sicherheit erweisen lässt. Trotzdem gestatten unsere Erkenntnismittel wenigstens eine Annäherung an die Wahrheit; und es scheint mir den Absichten des Gesetzgebers mehr zu entsprechen, mit diesen Erkenntnismitteln, die wir haben, zu versuchen, der Wahrheit möglichst nahe zu kommen, als von vornherein darauf zu verzichten, die Anordnungen des Gesetzes zur Geltung zu bringen.

[1]) Vgl. Beschluss des Reichsgerichts vom 23. Januar 1907 Bd. 65 Seite 215.

die Nacherbschaft zurückfallen, bleibt eine gelöschte Hypothek auch für den Nacherben gelöscht. Das könnte auch die Eintragung des Nacherbenrechts nicht verhindern. Dem Nacherben ist also die Möglichkeit entzogen, seine eventuellen Ansprüche auf die gelöschten Rechte geltend zu machen[1]). Hieraus muss gefolgert werden, dass eine Löschung nur dann möglich ist, wenn der befreite Vorerbe zu dieser Löschung mit Wirkung gegen den Nacherben befugt ist, also die nachträgliche Geltendmachung von Ansprüchen des Nacherben ausgeschlossen ist. Der befreite Vorerbe muss also hier entweder die Zustimmung des Nacherben zur Löschung beibringen oder beweisen, dass die Löschung entgeltlich, d. h. gegen Zahlung der Forderungssumme erfolgt.

Dagegen ist bei der Belastung eines Nachlassgrundstückes durch den befreiten Vorerben eine Einwilligung des Nacherben oder die Eintragung einer die Nacherbschaft bezeichnenden Bemerkung nicht nötig. Denn der Eintragung der Belastung auf Grund der Eintragungsbewilligung des befreiten Vorerben muss die Eintragung des Vorerben als Eigentümer, mithin auch die Eintragung des Nacherbenvermerkes und der Befreiung vorangegangen sein (§§ 40/41 G.B.O.) Der Inhalt des Grundbuches lässt hier also jederzeit erkennen, welche Verfügungsmacht der derzeitige Herr des Grundstückes, der Vorerbe, hat. Deshalb bleibt bei Belastungen die Anwartschaft des Nacherben für den Fall, dass der Vorerbe über seine Befugnisse hinausgegangen ist, stets gewahrt. Eine Gefahr für den Nacherben kann aus der Belastung eines Nachlassgrundstückes erst entstehen, wenn das Grundstück vom Vorerben weiter veräussert wird. Hat

[1]) Hothorn (a. a. O. Seite 147) hält auch die Eintragung des Nacherbenvermerkes bei Löschung einer Hypothek für wirkungsvoll, da durch diese Eintragung dem Nacherben ein Anspruch auf Wiedereintragung der gelöschten Hypothek bei Eintritt des Nacherbfalls erhalten bliebe. Meiner Ansicht nach hat der Nacherbe aber Ersatzansprüche nur gegen den Vorerben, der die Löschungsbewilligung erteilte. Ansprüche gegen den Grundstückseigentümer auf Eintragung einer neuen Hypothek sind nicht begründet, daher ist auch ihre Sicherung unmöglich.

nämlich der befreite Vorerbe das Grundstück zu gunsten Dritter belastet, ohne ein Entgelt dafür zu erlangen, so wird der für das Grundstück erzielte Preis, der im Nachlass an die Stelle des Grundstücks tritt, um die vom Erwerber mitübernommene Belastung geringer sein als der Wert des Grundstücks; und es werden die Surrogate für den Minderwert im Nachlass fehlen. Um dies zu vermeiden, muss deshalb der Nachweis der Entgeltlichkeit der Grundstücksveräusserung sich auch darauf erstrecken, dass die mitübertragenen Belastungen gegen Entgelt erfolgt sind.

Ist eine Umschreibung der Nachlassgrundstücke und der Nachlasshypotheken und sonstigen Rechte an Grundstücken auf den befreiten Vorerben noch nicht erfolgt, so soll nach der mehrfach ausgesprochenen Ansicht des Kammergerichts[1]) eine Verfügung erst vorgenommen werden können, wenn seine, des Vorerben Eintragung und die Eintragung des Nacherbenvermerkes, sowie der Befreiung erfolgt ist; § 41 G.B.O. soll auf den Vorerben keine Anwendung finden[2]). Diese Ansicht geht davon aus, dass der Vorerbe nur mit dem Nacherben zusammen Erbe sei und über Nachlassgegenstände nur gemeinschaftlich mit ihm verfügen könne, eine Anschauung, die oben bereits besprochen ist. Dieser Anschauung entsprechend wird der Nacherbe also durch Verfügungen des Vorerben „betroffen" im Sinne der G.B.O. (z. B. in § 19). Daher könne eine Grundbucheintragung auf Grund einer Eintragungsbewilligung des Vorerben gemäss § 40 erst erfolgen, wenn der Nacherbe eingetragen ist. § 52 G.B.O. ordne eine Eintragung des Nacherben von Amtswegen auch an, wenn der Vorerbe befreit ist. Da dieser Paragraph eine Vorschrift zwingender Natur enthalte, sei das Recht des Nacherben auch bei Befreiung des Vorerben eintragungspflichtig. Wenn eine Eintragung

---

[1]) Beschluss vom 6. II. 1903, Johow Bd. 26 A. S. 268 und vom 11. Mai 1905, Johow 30 A. S. 216.

[2]) Hothorn (a. a. O. Seite 140/41) vertritt diese Ansicht, weil nur sie der Absicht des Gesetzgebers entspräche, den Nacherben materiell und formell zu schützen.

auf Grund der Verfügung des Vorerben stattfände, ohne dass das Recht des Nacherben vorher eingetragen worden wäre, so würde das Grundbuch unrichtig, es sei denn, dass der Nacherbe seine Einwilligung dazu gegeben und also bei der Eintragung mitgewirkt hätte; dem Vor- und Nacherben zusammen aber stehe die Erleichterung des § 41 G.B.O. zu.

Die Ansicht, dass der Vorerbe und der Nacherbe zusammen erst Erbe seien, ist oben bereits behandelt worden; sie widerspricht der Auffassung des Rechtes des Nacherben als einer Anwartschaft auf das Erbrecht. Vor Eintritt des Nacherbfalls ist er nicht etwa Erbe unter einer Befristung oder Bedingung, sondern er hat nur ein befristetes oder aufschiebend bedingtes Recht, das Erbrecht am Nachlasse zu erwerben[1]).

Auch § 52 G.B.O. kann die Anschauung, dass § 41 G.B.O. auf den befreiten Vorerben nicht anwendbar sei, nicht stützen[2]) § 52 G.B.O. sagt: „Bei der Eintragung eines Vorerben ist das Recht . . . . . einzutragen".

Dieser Satz ist nicht dahin zu verstehen, dass das Nacherbenrecht unter Eintragung des Vorerben einzutragen sei, sondern muss ausgelegt werden: „wenn der Vorerbe eingetragen wird, ist das Recht des Nacherben einzutragen". Das ergibt auch die Geschichte des § 52 G.B.O.; denn die ihm entsprechende Vorschrift des I. Entwurfes eines B.G.B., § 1826, ist hypothetisch gefasst[3]). Nur für den Fall, dass der Vorerbe wirklich eingetragen wird, soll eine Eintragung des Nacherbenrechtes erfolgen; daraus kann aber nicht ein Zwang zur Eintragung des Vorerben hergeleitet werden.

---

[1]) Vgl. Standinger Band V Anmerk. 5 zu § 2100 B.G.B., Planck, Bd. V Anmerk. 4b vor § 2100 B.G.B., Wäntig, Zeitschrift. Des Deutsch. Not. Ver. Jahrg. 1906, Seite 381.

[2]) Vgl. Weber in der Zeitschrift des Deutsch. Not. Ver. Jahrg 1906, Seite 633ff., Jahrgang 1909 Seite 22ff. und Brachvogel bei Gruchot Bd. 50, Seite 74.

[3]) § 1826 des I. Entw.: „Wird für den Vorerben ein der Nacherbfolge unterliegendes Recht in das Grundbuch eingetragen, so ist zugleich von Amtswegen das Recht des Nacherben einzutragen.

Will der befreite Vorerbe eine Verfügung ohne Einwilligung des Nacherben vornehmen, bevor er im Grundbuche eingetragen ist, so muss er sich als Verfügungsberechtigter ausweisen. Kann er nachweisen, dass er frei, d. h. mit voller Wirksamkeit gegen alle anderen, verfügen kann, wie ein Erbe, der ohne Nacherben eingesetzt ist so muss ihm auch die Vergünstigung eines solchen Erben gewährt werden, ohne seine vorherige Eintragung zu verfügen.

Seine Verfügungsberechtigung kann der befreite Vorerbe nur mit Hilfe des Testaments oder eines Erbscheins nachweisen, und aus diesen Urkunden kann der Grundbuchrichter stets die Einsetzung des Nacherben und die Befreiung ersehen und ist nun imstande, die Voraussetzungen der Verfügungsfähigkeit, insbesondere die Entgeltlichkeit der in Frage kommenden Verfügung zu prüfen, wie es der Fall ist, wenn Vorerbe und Nacherbenrecht bereits vorher eingetragen sind. Weist der Vorerbe die Entgeltlichkeit nach, so würde die Eintragung des Nacherben ein zweckloser Formalismus sein, da der befreite Vorerbe, wie oben ausgeführt, die Löschung des Nacherbenvermerkes verlangen kann, wenn er den Beweis der Entgeltlichkeit erbringt.

Deshalb ist auch für die Anwendung des § 41 G.B.O. auf die Verfügungen des befreiten Vorerben nur die Einwilligung des Nacherben oder der Nachweis der Entgeltlichkeit der Verfügung erforderlich.

§ 9.

Der Beweis der Entgeltlichkeit.

Bei allen Verfügungen über Grundstücke und Rechte an Grundstücken steht der befreite Vorerbe, der seine vom Gesetz ihm gewährten Rechte geltend machen will, vor der Alternative: Einwilligung des Nacherben oder Beweis der Entgeltlichkeit.

Dass die Forderung der Einwilligung des Nacherben den befreiten Vorerben um die Vorteile seiner Befreiung bringt, bedarf keiner Erörterung[1]); der befreite Vorerbe

[1]) Vgl. wie oben K. G. bei Johow 25 A. 278.

steht hier schlechter als der unbefreite. Letzterer kann nach § 2120 B.G.B. vom Nacherben die Einwilligung erzwingen, wenn er nachweist, dass es sich um eine Verfügung handelt, die zur ordnungsmässigen Wirtschaft gehört. Dass § 2136 B.G.B. den § 2120 nicht unter den Paragraphen nennt, deren Anwendung durch die Befreiung ausgeschlossen wird, liegt daran, dass er keine Beschränkung, sondern ein Recht des Vorerben enthält. Trotzdem lässt er sich für den befreiten Vorerben nicht verwenden[1]). Die in dem Urteil des Reichsgerichts vom 3. Oktober 1908, (J. W. 1908 S. 683/4 No. 17) ausgeführte Ansicht, dass der befreite Vorerbe die Zustimmung des Nacherben gemäss § 2120 B.G.B. um so eher fordern könne, als der Nacherbe gar kein materielles Widerspruchsrecht habe, scheint angreifbar. Auf Grund der Befreiung ist der Vorerbe berechtigt, ohne die Einwilligung des Nacherben zu verfügen; die Einwilligung ist also nach materiellem Rechte überflüssig; der Nacherbe kann aber nicht zu einer Erklärung gezwungen werden, die das Gesetz für überflüssig und bedeutungslos hält. Daher hat der befreite Vorerbe kein Recht die Einwilligung gemäss § 2120 B.G.B., die durchaus materiell rechtlicher Natur ist, vom Nacherben zu verlangen. In den Fällen jedoch, in denen die Verfügung des befreiten Vorerben ohne die Einwilligung des Nacherben unwirksam ist, in den Fällen unentgeltlicher Verfügungen, liegen keine Verfügungen vor, die zur ordnungsmässigen Wirtschaft erforderlich sind, und es kann aus diesem Grunde der § 2120 nicht herangezogen werden. Der befreite Vorerbe entbehrt also des Rechtes aus § 2120 B.G.B.[2]).

Der Vorteil der Befreiung wird also darin liegen, dass der Vorerbe seinen Verfügungen durch den Nachweis der Entgeltlichkeit Wirksamkeit verleihen kann.

[1]) Ebenso Hothorn a. a. O. S. 154.

[2]) Diese Ansicht vertritt auch Weber in der Zeitschrift des Deutsch. Not. Ver. Jahrg. 1909 Seite 28. Anmerk.; Strohal, bei Planck Bd. V. Anmerk. 3 c. β. dd. zu § 2136 B.G.B., sagt nur, dass § 2120 B.G.B. nur für den unbefreiten Vorerben vorgesehen sei, ohne sich darüber zu äussern, ob er für den befreiten anwendbar sei.

Wie ist nun der Beweis der Entgeltlichkeit einer Verfügung zu führen?

Wesentlich für die Art der Beweisführung wird es vor allem sein, wem gegenüber der Beweis geführt werden muss. Wird die Frage nach der Entgeltlichkeit im Prozess wesentlich, so wird jedes Beweismittel zulässig und geeignet sein, das im gegebenen Falle irgend einen Aufschluss liefern kann. Urkunden, Zeugenaussagen, Gutachten von Büchersachverständigen oder Einsichtnahme in die Geschäftsbücher oder Korrespondenz werden dem Richter die Möglichkeit geben, sich im Wege der freien Beweiswürdigung eine Überzeugung über die Entgeltlichkeit oder Unentgeltlichkeit der in Rede stehenden Verfügung zu schaffen. Und schliesslich wird in einer Anzahl von Fällen die Leistung eines Parteieides die sichere Grundlage für ein Urteil in diesem oder jenem Sinne abgeben. Kommt es dagegen darauf an, vor dem Grundbuchamt die Entgeltlichkeit einer Verfügung nachzuweisen, so greifen die strengen Beweisregeln der Grundbuchordnung platz, die § 29 G.B.O. aufstellt.

Nach § 29 G.B.O. müssen die zur Eintragung erforderlichen Erklärungen vor dem Grundbuchamt zu Protokoll gegeben oder durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden nachgewiesen werden. Andere Voraussetzungen der Eintragung bedürfen, soweit sie nicht bei dem Grundbuchamt offenkundig sind, des Nachweises durch öffentliche Urkunden. Die Entgeltlichkeit einer Verfügung ist eine Tatsache und gehört deshalb unter die sonstigen Voraussetzungen der Eintragung.

Aus der Forderung der Grundbuchordnung, dass zum Beweise der sonstigen Voraussetzungen einer Eintragung öffentliche Urkunden beizubringen sind, schliesst Weber[1]), dass nunmehr auch jede Tatsache, die Voraussetzung einer Eintragung ist, durch öffentliche Urkunden bewiesen werden kann, dass also die Grundbuchordnung hier die öffentlichen Urkunden mit besonderer

[1]) Rechtsprechung über den befr. Vorerben Zeitschr. d. D. Not. Ver. 1909 S. 27, der Freiheit Morgenrot, ebenda Jahrg. 1907 Seite 482ff.

Beweiskraft ausstattet. Nach Webers Ansicht wäre daher die Entgeltlichkeit ganz einfach durch eine öffentliche Urkunde zu beweisen.

Aus dem Wortlaute der Bestimmungen lässt sich jedoch nicht folgern, dass hier eine Regelung der Beweiskraft der öffentlichen Urkunden im Gegensatze zu anderen Gesetzen erfolgen sollte. Denn daraus, dass vom Gesetz für den Nachweis von Tatsachen vor dem Grundbuchamt ein Beweismittel zur Verfügung gestellt wird, kann man nicht schliessen, dass dieses Beweismittel zum Nachweise aller Tatsachen, die vor dem Grundbuchamte in Frage kommen können, auch geeignet sei. Öffentliche Urkunden können stets nur das beweisen, was die Urkundsperson als ihre Wahrnehmung darin aufgenommen hat. Öffentliche Urkunden eignen sich demnach zum Nachweise aller Tatsachen, die von Dritten wahrgenommen werden können. Die Urkundsperson kann die Abgabe einer Erklärung eines Dritten wahrnehmen und beurkunden. Die Urkunde beweist dann die Abgabe und eventuell den Wortlaut der Erklärung.

Weber will nun die öffentliche Beurkundung einer Quittung d. h. der Erklärung über den Empfang des Entgelts als Beweis der Entgeltlichkeit des betreffenden Geschäfts angesehen wissen. Die Urkunde würde jedoch nur die Tatsache der Abgabe der Quittungserklärung beweisen, nicht aber auch die Richtigkeit der Erklärung; und nur darauf käme es hier an. Mit der Beurkundung einer Erklärung über den Empfang des Entgelts wäre also nichts für den Beweis der Entgeltlickeit gewonnen.

Der Beweis der Entgeltlichkeit kann auch nicht durch Beurkundung der an sich meist wahrnehmbaren Tatsache der Zahlung des Entgelts geführt werden. Öffentliche Urkunden eignen sich nur zum Beweise aller derjenigen Tatsachen, die ihrem ganzen Umfange nach für Dritte wahrnehmbar sind. Die Tatsache, dass irgend etwas gegen Entgelt geschieht, beruht aber zum Teil auf Vorgängen in der Psyche der Parteien; der Wille der Parteien ist dafür wesentlich. Insoweit kann die Tatsache der Entgeltlichkeit von Dritten nicht wahrgenommen

werden. Es kann z. B. eine äusserlich erkennbare Zahlung erfolgen, die aber nach heimlicher oder stillschweigender Übereinkunft zur Tilgung einer Schuld aus einem anderen Rechtsverhältnis dienen soll, als es Dritten erscheint, oder die mit dem beiderseitigen Vorsatze geleistet bezw. angenommen wird, dass später eine Rückgabe erfolgen soll. Als Entgelt kann der Erlass einer Schuld erscheinen, die nie bestanden hat.

Die öffentliche Urkunde, das nach der G.B.O. einzig zulässige Beweismittel für Tatsachen, ist also zum Beweise der Entgeltlichkeit im allgemeinen ungeeignet.

Da die Frage, wie die Entgeltlichkeit einer Verfügung vor dem Grundbuchamte bewiesen werden kann, für den befreiten Vorerben praktische Bedeutung hat und eine Lösung dringend erheischt, so hat die Rechtsprechung sich eingehend mit ihr beschäftigt. Sie hat dabei recht verschiedene Ergebnisse gezeitigt.

Im Jahre 1902 hat das Kammergericht in dem Beschlusse vom 22. Dezember (Johow 25 A. 278) die Ansicht vertreten, dass der Beweis der Entgeltlichkeit einer Verfügung im allgemeinen durch die Quittung über den Empfang des Entgelts geführt werden könne. Nur bei abstrakten Rechtsgeschäften oder in Fällen, in denen der Sachverhalt Anlass zu der Vermutung gibt, dass die Verfügung entgegen der Erklärung des befreiten Vorerben unentgeltlich sei oder in Erfüllung eines Schenkungsversprechens erfolge, könne der Grundbuchrichter einen speziellen Beweis der Entgeltlichkeit der Verfügung verlangen. Dieser Beweis sei dann nicht anders zu führen als durch Beibringung der Einwilligung des Nacherben in die Verfügung.

Mit dem Beschluss vom 16. Februar 1903 (Johow 26 A. 264) stellte sich dann das Kammergericht auf den oben bereits behandelten, neuen Standpunkt, dass Vorerbe und Nacherbe zusammen Erbe seien, und jegliche Verfügung des Vorerben der Zustimmung des Nacherben bedürfe. Der befreite Vorerbe sei ebenso zu behandeln wie der unbefreite. In beiden Fällen sei der Nacherbe Betroffener im Sinne der G.B.O. Von der Entgeltlichkeit

der Verfügungen war hier garnicht die Rede; denn da das Kammergericht stets die Einwilligung des Nacherben forderte, so brauchte es diesen Punkt nicht besonders zu berücksichtigen.

Aber bereits in der Entscheidung des Kammergerichts vom 11. Mai 1905 (Johow 30 A. 261) ist ein Einlenken wahrnehmbar. Hier wird betont, dass der Nacherbe als Betroffener im Falle der befreiten Vorerbschaft nur dann in Frage käme, wenn die Möglichkeit der Unentgeltlichkeit der Verfügung vorläge. Der befreite Vorerbe könne die Entgeltlichkeit seiner Verfügungen dem Nacherben nicht durch die von ihm, dem Vorerben selbst, ausgestellte Quittung beweisen. Es bleibe daher die Beibringung der Einwilligung des Nacherben in die Verfügung als einziges Mittel zur Verwirklichung der Verfügung übrig.

Diesen Standpunkt machte sich auch das Reichsgericht zu eigen; denn es spricht sich in den Entscheidungen vom 12. Juli 1905 (R.G. 61 S. 228) und vom 23. Februar 1907 (65 S. 215) dahin aus, dass der Beweis der Entgeltlichkeit einer Verfügung mit grundbuchrechtlichen Mitteln nicht führbar ist, er bestehe denn in einer Erklärung des Nacherben, dass er in die Verfügung willige oder sie als entgeltliche anerkenne. Der Beweis erübrige sich, wenn die Entgeltlichkeit der Verfügung offenkundig sei[1]).

Das Reichsgericht bekämpft energisch die Ansicht des Oberlandesgerichts Dresden[2]), das sich weiterhin dafür ausgesprochen hatte, einen besonderen Nachweis der Entgeltlichkeit mit Rücksicht darauf, dass Verfügungen befreiter Vorerben der allgemeinen Erfahrung nach entgeltlich zu sein pflegen, nur in den Fällen zu verlangen, die ihrer Sachlage nach den Verdacht der Unentgeltlichkeit einer Verfügung aufkommen liessen. Im Gegensatze zu dem Oberlandesgerichte Dresden, nach dessen Ansicht den Nacherben die Beweislast für die Unentgelt-

1) Ebenso das Kammergericht im Beschluss vom 25. Oktober 1906 Johow 33 A. 178.

2) D. J. Z. Jahrg. 1906 Seite 1348f.

lichkeit trifft, wenn er sich darauf beruft, betont das Reichsgericht stets, dass der befreite Vorerbe dafür beweispflichtig sei, dass er entgeltlich verfüge, und dass ihm dieser Beweis nicht etwa nur dem Gericht, sondern vor allem dem Nacherben gegenüber obliege.

Das Reichsgericht wendet sich auch gegen die Ansicht[1]), dass eine unterschiedliche Behandlung des Testamentsvollstreckers, des Vaters, des befreiten Vormunds gegenüber dem befreiten Vorerben nicht angehe; denn diesem, wie jenen seien unentgeltliche Verfügungen untersagt. Nach der Ansicht des Reichsgerichts ist das unrichtig; denn bei den Verwaltern fremden Eigentums handle es sich lediglich um einen Nachweis der Legitimation, und da dürfe man sich allgemein feststehender Erfahrungssätze bedienen, beim befreiten Vorerben dagegen handle es sich um eine Prüfung von Voraussetzungen, die dem materiellen Rechte angehören.

Auf diesem prinzipiellen Standpunkte ist das Reichsgericht stehen geblieben, nur hat es in neuerer Zeit Ausnahmen zugelassen, die geeignet sind, eine Wendung in der Behandlung des befreiten Vorerben herbeizuführen. Es sieht nämlich in der Entscheidung vom 3. Oktober 1908 (R.G. 69 S. 260) von der Notwendigkeit der Zustimmung des Nacherben ab, wenn die Entgeltlichkeit der Verfügung offenkundig ist, oder aus der Natur oder Lage der Sache hervorgeht.

Der Ausweg der Offenkundigkeit kann zu einer Besserung der Lage nicht führen, wie Weber[2]) mit Recht betont.

Wenn jedoch das Reichsgericht aus der Natur oder Lage der Sache entnimmt, dass in einem bestimmten Falle die Unentgeltlichkeit ausgeschlossen sei, so gibt das eine Grundlage für ein System von Ausnahmen, die die

---

[1]) Die vor allen von Weber und Brachvogel vertreten wird: und zwar von Weber in der Zeitschr. d. D. N. V. 1906 S. 654 ff.. d. D. N. V. 1907 S. 487ff. Zeitschr. des Deutsch. Not. V. Jahrg. 1909 Seite 10ff. und Brachvogel bei Gruchot, Bd. 50 Seite 76ff.

[2]) Zeitschr. d. Deutsch. Not. V. 1909, S. 9 Anm.

ehemaligen strengen Grundsätze des Reichsgerichts nunmehr durchbrechen.

Das Reichsgericht selbst hat bei Führung eines kontradiktorischen Rechtsstreits über die Zahlung des Entgelts die Unentgeltlichkeit der Verfügung des befreiten Vorerben als der Sachlage nach ausgeschlossen angesehen [1]) Das Kammergericht ist einen Schritt weitergegangen und das für die Ausnahme eine Regel aufgestellt, dass nämlich die Annahme einer unentgeltlichen Verfügung ausgeschlossen sei, wenn der befreite Vorerbe in einer über ein zweiseitiges, entgeltliches Geschäft aufgenommenen Urkunde erklärt, den Entgelt empfangen zu haben, und der andere Teil, ein unbeteiligter Dritter, die Erklärung angenommen hat. [2])

Mit diesen Ausnahmen haben das Kammergericht wie das Reichsgericht den strengen Grundsatz, dass zu einer Eintragung auf Veranlassung des befreiten Vorerben ein lückenloser Nachweis der Entgeltlichkeit oder ein Ersatz für einen solchen erbracht sein müsse, aufgegeben; denn weder ein Rechtsstreit, noch ein Vertrag mit einem Dritten lassen den sicheren Schluss zu, dass Entgeltlichkeit vorliegt. Hier wie da ist die Unrichtigkeit der Erklärungen nicht ausgeschlossen.

Die Zulassung solcher Ausnahmen, die an sich eine Inkonsequenz bedeutet, zeigt an, dass Reichs- und Kammergericht ihre Anschauung geändert haben und zu einer milderen Praxis übergehen wollen. Vorläufig ist aber die Anwendung dieser milderen Praxis noch die Ausnahme. Der Grundsatz, dass der befreite Vorerbe den Beweis der Entgeltlichkeit nur durch die Zustimmung des Nacherben führen kann, ist noch nicht verlassen.

Die Rechtsprechung geht im Prinzip davon aus, dass die Stellung des Nacherben dem befreiten Vorerben gegenüber ungünstig sei, und dass man die vom Gesetze gegebene Sicherheitsvorschrift, das Verbot unentgeltlicher Verfügungen, mit möglichster Schärfe anwenden müsse,

---

[1]) R.G. 69, 260.

[2]) K.G. Beschluss vom 5. Juli 1909, Johow 38 A. 223 und vom 10. Januar 1910, D. J. Z. 1910 S. 540.

um den Nacherben in seinem Rechte zu schützen. Der Schutz der Interessen eines einzelnen muss den Interessengegner des Geschützten als Beeinträchtigung treffen. Sind die Gegeninteressen des Beeinträchtigten ihrerseits an sich berechtigt, bedürfen sie also mit derselben Berechtigung des Schutzes, so wird man im Schutze eines jeden der beiden nur soweit gehen dürfen, dass die Schädigung des Gegners, die durch den Schutz verursacht wird, nicht im Missverhältnis zu dem geschützten Interesse steht. Der Schutz des Nacherben durch die Rechtsprechung bezieht sich auf das Recht des Nacherben, das von der Erbschaft künftig zu erhalten, was der befreite Vorerbe übrig lassen wird. Das Recht des Nacherben ist also von vorn herein, dem Willen des Erblassers entsprechend, ein ganz geringes und vom guten Willen des befreiten Vorerben durchaus abhängiges. Der befreite Vorerbe soll alles für sich verbrauchen dürfen, ohne dass der Nacherbe hierdurch in seinem Rechte geschädigt wird. (§§ 2136, 2134 B.G.B.) Nur unentgeltlich soll der befreite Vorerbe nicht mit Wirksamkeit gegen den Nacherben verfügen können (§ 2113 Abs. 2 B.G.B.). Der befreite Vorerbe dagegen erleidet eine grosse Anzahl schwerwiegender Beeinträchtigungen durch die Forderung der Rechtsprechung, die Entgeltlichkeit seiner Verfügungen durch die Zustimmung oder das Anerkenntnis des Nacherben zu beweisen.

Den Fall der Offenkundigkeit kann man als einen ganz seltenen Ausnahmefall unberücksichtigt lassen. Auch glaube ich, wird sich in den meisten Fällen, in denen die Entgeltlichkeit, vielleicht durch einen Rechtstreit zwischen dem befreiten Vorerben und dem durch die Verfügung Berechtigten, offenkundig wird, der Grundbuchrichter nicht darauf einlassen, nunmehr zu prüfen, ob der Rechtsstreit nicht nur, um die Entgeltlichkeit offenkundig zu machen, geführt wird.

Dass der Grundbuchrichter der Natur der Sache oder der Sachlage entnehmen kann, dass die Verfügung des befreiten Vorerben eine entgeltliche ist, dürfte häufig der Fall sein. Da aber durch die Prüfung der Lage der

Sache niemals ein vollkommen schlüssiger und geschlossener Beweis sich führen lassen wird, dass Unentgeltlichkeit ausgeschlossen ist, so wird der Grundbuchrichter in der Beurteilung der Sachlage sehr kritisch und leicht geneigt sein, die Möglichkeit einer Unentgeltlichkeit anzunehmen, um die verantwortungsvolle Prüfung der Wahrscheinlichkeiten von sich auf andere Instanzen abzuwälzen.

In der Regel wird der befreite Vorerbe, um über Grundstücke oder Rechte an solchen mit Wirkung gegen den Nacherben verfügen zu können, nach der Rechtsprechung der Einwilligung des Nacherben bedürfen. Die erste grosse Beeinträchtigung ist mithin die Entziehung der dem befreiten Vorerben gewährten Verfügungsfreiheit über Grundstücke und Rechte an solchen (§§ 2113 Abs. 1 und 2136 B.G.B.).

Um die Einwilligung vom Nacherben oder, falls ein solcher noch nicht oder nicht bestimmbar vorhanden ist, von dem Pfleger zu erzwingen, bietet § 2120 B.G.B., wie oben gesagt, keine geeignete Handhabe. Es genügt aber, wenn der Nacherbe oder der Pfleger zugesteht, dass die Verfügung eine entgeltliche ist; erkennt er das an, so ist die freie Verfügungsfähigkeit des befreiten Vorerben sichergestellt, da dem Nacherben ein späteres Vorgehen unter Berufung auf die Unentgeltlichkeit der Verfügung abgeschnitten ist. Um aber eine Anerkennung der Entgeltlichkeit der Verfügung zu erzielen, muss der befreite Vorerbe dartun, dass er entgeltlich verfügt. Er muss alle Umstände, die dem Geschäft zu Grunde liegen, dem Nacherben oder seinem Vertreter offenlegen, d. h. er muss sich seiner Befreiung von der Pflicht der Auskunftserteilung begeben. Eine Darlegung des Causalgeschäftes dem Grundbuchrichter gegenüber wäre keine Beeinträchtigung[1]) des befreiten Vorerben; aber die Aufdeckung gegenüber dem Nacherben kann mitunter sogar eine empfindliche Schädigung des befreiten Vorerben herbeiführen, wenn z. B. Vor- und Nacherbe Konkurrenten sind.

[1]) Noch weiter geht Weber in der Zeitschr. d. D. N. V. Jahrg. 1909 Seite 21.

Lässt sich der Nacherbe zu einer freiwilligen Zustimmung oder zur Anerkennung der Entgeltlichkeit nicht herbei, so wird der befreite Vorerbe den Weg der Feststellungsklage beschreiten müssen, da er die Einwilligung gemäss § 2120 B.G.B., wie bereits gesagt, nicht verlangen kann. Die Voraussetzung des Interesses an alsbaldiger Feststellung ist in dem Interesse an der Eintragung, die der Vorerbe betreibt, und in dem Verlangen des Grundbuchrichters begründet. Der befreite Vorerbe wird in diesem Rechtsstreite die Beweislast dafür tragen müssen, dass er entgeltlich verfügt. § 2113 Abs. 2 B.G.B. lässt jedoch die unentgeltliche Verfügung erst im Augenblick des Eintritts der Nacherbfolge unwirksam werden. Von diesem Augenblicke an darf der Nacherbe sich erst auf die Unwirksamkeit der Verfügung berufen. Will er die Verfügung rückgängig machen, so muss er den Gegenstand der Verfügung im Klagewege zurückfordern, und dabei wird er beweisen müssen, dass der Vorerbe unentgeltlich verfügt hat. Die Rechtsprechung macht also den Beweis der Entgeltlichkeit entgegen der Absicht des Gesetzes zu einer Zeit notwendig, zu der den befreiten Vorerben die Last desselben trifft und ihm einen schweren Nachteil bringt.

Das Reichsgericht hat in der Entscheidung vom 23. Februar 1907 (65 S. 215) gesagt, der befreite Vorerbe müsse dem Nacherben den Beweis der Entgeltlichkeit führen. Mit Rücksicht auf das soeben gesagte möchte ich ein Recht des Nacherben auf diesen Beweis nicht anerkennen, zumal er auf die damit notwendig verbundene Auskunft über den Sachverhalt des Geschäfts kein Recht hat.

Wenn Strohal[1]) behauptet, dass ein Rechtsstreit über die Anerkennung der Entgeltlichkeit dem Nacherben keinen Nutzen und keine Sicherheit bringen kann, weil der befreite Vorerbe das als Gegenwert erhaltene verzehren könne, ohne dabei auf den Nacherben Rücksicht nehmen zu müssen, und ohne ihm Ersatz dafür leisten zu

---

[1]) Planck V Anm. 3 c, α, dd zu § 2136.

brauchen, so beleuchtet dieser Einwand den überflüssigen Aufwand, der zum Schutze eines geringwertigen Rechtes durch die Rechtsprechung verursacht wird und dafür dem befreiten Vorerben grosse Schwierigkeiten in den Weg legt. Aber einen Schutz des Nacherben in dem Sinne dass ihm durch diese Massregeln der Erwerb der Erbschaftsgegenstände sichergestellt werden sollte, haben das Reichs- und Kammergericht garnicht beabsichtigt. Sie wollten ihm nur dagegen Schutz gewähren, dass der befreite Vorerbe die Grenzen seines Rechtes überschreitet.

Es sei noch darauf hingewiesen, dass ein Rechtsstreit immer etwas Ungewisses, von Zufälligkeiten Abhängiges ist, und dass er Kosten verursacht. Mit den rechtlichen Nachteilen sind auch eine Anzahl materieller Nachteile verbunden.

Den Weg, auf dem diesen Missständen von Grund aus abgeholfen werden kann, hat das Reichsgericht selbst in seinem Beschluss vom 23. Februar 1907 (65, S. 215) gewiesen, freilich ohne es zu wollen und ohne den Weg, auf den es eine Anzahl Schriftsteller, vor allem Weber[1]), hinwiesen, betreten zu wollen. In der angeführten Entscheidung[2]) hat das Reichsgericht sich gegen die Schriftsteller gewandt, die den befreiten Vorerben in Analogie mit dem Testamentsvollstrecker, mit dem Vormunde und dem Vater, als Verwalter des Vermögens seiner Kinder, bringen wollten. Das Reichsgericht sagt dort, es handele sich bei diesen Verwaltern fremden Vermögens im Gegensatze zum befreiten Vorerben bei der Prüfung, ob eine entgeltliche Verfügung vorliege, lediglich um eine Prüfung der Legitimation, und dabei müsse der Grundbuchrichter allgemeine, feststehende Erfahrungssätze heranziehen, wenn nicht der gesamte Grundbuchverkehr lahmgelegt werden soll. Sowohl dem Testamentsvollstrecker (§ 2205 B.G.B.) wie dem Vater (§ 1641) und dem Vormunde (§ 1804) ist es untersagt, Schenkungen aus dem ihnen anvertrauten Vermögen zu machen, unentgeltlich darüber zu verfügen, mit Ausnahme der Schenkungen, durch die einer sittlichen

[1]) a. a. O.

[2]) Beschluss vom 23. Februar 1907, R.G. Bd. 65 Seite 215.

Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entsprochen wird. Diese Verwalter fremden Vermögens sind also nur dann befugt, eine Verfügung wirksam vorzunehmen, wenn sie entgeltlich verfügen. Der Nachweis der Entgeltlichkeit ist deshalb unbedingt notwendig, um ihre Berechtigung zur Vornahme gerade der Verfügung darzutun, die sie beabsichtigen. Bei Verfügungen vor dem Grundbuchamte würden sich also alle dieselben Schwierigkeiten, wie sie oben beschrieben sind beim Beweise der Entgeltlichkeit herausstellen. Es könnte schliesslich nur noch mit Hilfe des Vertretenen selbst, und da dieser in vielen Fällen nicht geschäftsfähig oder nicht erreichbar sein wird, mit Hilfe eines hierzu zu bestellenden Pflegers dieser Beweis geführt werden, und eine grosse Anzahl von notwendigen Verfügungen würde auf diese Weise verzögert, ja unmöglich gemacht werden. Für den Vater und den Vormund würde es überhaupt unmöglich sein, eine Verfügung über ein Grundstück oder ein Recht an einem Grundstücke zu treffen, da eine Person, die durch ihre Anerkennung den Beweis der Entgeltlichkeit überflüssig macht, hier vom Gesetz garnicht vorgesehen ist.[1])

Allen diesen Schwierigkeiten ist dadurch abgeholfen, dass das Reichsgericht dem Grundbuchrichter gestattet, hier grundsätzlich allgemeine Erfahrungssätze anzuwenden, die da besagen, dass Testamentsvollstrecker, Väter, Vormünder im allgemeinen die Grundstücke und Hypotheken, die ihnen anvertraut sind, nicht verschenken.

Der Rechtslage des Testamentsvollstreckers, Vormundes, Vaters entspricht der Fall des befreiten Vorerben vollkommen. Unterschiede zwischen diesem und den vorerwähnten Vermögensverwaltern sind natürlich vorhanden; aber diese Unterschiede rechtfertigen eine unterschiedliche Behandlung in diesem Punkte nicht. Das Reichsgericht hat sich damit begnügt, in allgemeinen Ausdrücken die Unterschiede anzudeuten. Strohal[2]) hat dann das aus-

[1]) Vgl. Jastrow in der Zeitschr. d. Deutsch. Not. V. 1906 S. 77 ff.

[2]) a. a. O. Anm. 3 c α zu § 2136 B.G.B.

einandergesetzt, was das Reichsgericht für seine Ansic anführen könnte. Danach besteht der Hauptunterschied in der sofortigen Unwirksamkeit der unentgeltlichen Verfügungen der Verwalter fremden Vermögens gegenüber dem Rechte des Vorerben zwar unentgeltlich zu verfügen, nur ohne Wirksamkeit für die Zeit nach dem Nacherbfall. Der Verwalter eines fremden Vermögens kann überhaupt nicht verfügen, bevor nicht dargetan ist, dass er entgeltlich verfügt. Der befreite Vorerbe kann aber auch unentgeltlich verfügen, nur kann diese Verfügung später einmal vom Nacherben unwirksam gemacht werden. Der befreite Vorerbe ist nach Ansicht des Reichsgerichts offenbar verfügungsberechtigt; den Nachweis der Entgeltlichkeit müsse er nur führen, um einen bestimmten materiell rechtlichen Erfolg herbeizuführen, nämlich die Wirksamkeit gegen den Nacherben. Eine Verfügung, die der Gefahr künftigen Unwirksamwerdens unterliegt, trägt schon einen Mangel in sich. Die Verfügung, deren Wirksamkeit eine zeitliche Grenze hat, kann nicht als eine einem vollen Rechte entsprungene Verfügung angesehen werden. Wenn der befreite Vorerbe aber entgeltlich verfügt, so entspringt die Verfügung einem vollen Rechte. Der Beweis der Entgeltlichkeit hat also keine andere Bedeutung als der Nachweis der Berechtigung zu vollwirksamer Verfügung. Der Unterschied zwischen den Vermögensverwaltern und dem befreiten Vorerben liegt nur darin, dass jene mit dem Nachweise der Entgeltlichkeit ihre Verfügungsberechtigung überhaupt, dieser seine Berechtigung zu vollwirksamer Verfügung nachweisen muss. Für beide ist es also ein Nachweis der Legitimation, der Verfügungsberechtigung; aus diesem Grunde muss auch für den befreiten Vorerben die den Vermögensverwaltern zugestandene Beweiserleichterung oder richtiger -ermöglichung in Anspruch genommen werden. Die Anerkenntniserklärung des Nacherben oder seine Bewilligung sind ja keine Beweismittel der Entgeltlichkeit, sondern nur ein Ersatz dafür, der ein eventuelles späteres Vorgehen des Nacherben verhindern soll.

Auch aus praktischen Erwägungen kann kein Grund hergeleitet werden, dem befreiten Vorerben die oben be-

zeichnete, grundsätzliche Erleichterung des Beweises seiner Verfügungsberechtigung zu versagen. Der von Strohal[1]) zu zweit angeführte Unterschied zwischen dem befreiten Vorerben und den Verwaltern fremden Vermögens, Testamentsvollstrecker, Vater, Vormund, der geeignet sein soll, die Ansicht des Reichsgerichtes zu stützen, scheint eine unterschiedliche Behandlung zu ungunsten des befreiten Vorerben ebensowenig zu rechtfertigen, wie jener erste. Dieser Unterschied liegt in der stärkeren Verantwortlichkeit der Verwalter fremden Vermögens ihrem Geschäftsherren gegenüber, im Vergleiche zu der geringen Haftung des befreiten Vorerben gegenüber dem Nacherben. Der Testamentsvollstrecker haftet nach den §§ 2218/19 B.G.B. für jedes Verschulden, auch das seiner Gehilfen, deren er sich zur Ausführung seiner Obliegenheiten bedient. Ebenso hat der Vormund nach § 1833 B.G.B. für jedes Verschulden einzustehen; beide können von dieser Haftung nicht befreit werden. Der Vater hat als Verwalter des Vermögens seiner Kinder die Sorgfalt anzuwenden, die er in seinen eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt. Den befreiten Vorerben aber trifft einzig und allein die Verpflichtung zum Schadenersatz, wenn er gegen das Verbot der unentgeltlichen Verfügungen verstösst, oder die Erbschaft in der Absicht vermindert, den Nacherben zu benachteiligen (§ 2138 Abs. 2 B.G.B.); das ist eine ganz aussergewöhnlich schwache Haftung. Aber diese Unterschiede der Haftung liegen in der Natur dieser Einrichtungen. Dem Testamentsvollstrecker, dem Vormund und dem Vater steht ein Herr des Vermögens gegenüber. Der befreite Vorerbe ist selbst Herr des Vermögens. Der Mündel, das Kind, der Erbe sollen das ganze Vermögen in einem möglichst guten Zustande am Ende der Verwaltung erhalten; der Nacherbe hat nur das zu verlangen, was übrig bleibt. Wenn also der befreite Vorerbe nur eine ganz unbedeutende Haftung zu gewährleisten hat, so liegt das daran, dass diese Haftung zum Schutze eines nur unbedeutenden Rechts gegeben ist. Haftung und Recht der gegenüber-

[1]) Planck Bd. V. Anmerk. 3 c β zu § 2136 B.G.B.

stehenden Parteien halten sich also in beiden Fällen das Gleichgewicht. Der Unterschied in der Behandlung der Verwalter fremden Vermögens durch das Gesetz gegenüber der des befreiten Vorerben harrt also keines Ausgleiches durch die Praxis mehr. Daher rechtfertigt sich die besonders strenge Behandlung des befreiten Vorerben durch die Rechtsprechung nicht; vielmehr scheint für ihn, der das Vertrauen des Erblassers in einem ganz besonderem Masse genossen zu haben scheint, und der nach dem Willen des Erblassers dem unbeschränkten Herrn des Vermögens möglichst ähnlich gestellt sein soll, eine möglichst geringe Fesselung durch die Praxis am Platze.

Wenn auch im allgemeinen die Verwalter fremden Vermögens keinen Grund geben, ihnen gegenüber bezüglich ihrer Gewissenhaftigkeit Misstrauen zu hegen, so möchte ich im Gegensatze zum Reichsgerichte[1]) doch die Gefahr einer schädigenden Handlung, besonders einer unerlaubten Schenkung aus dem verwalteten Vermögen deshalb für näherliegend erachten als beim befreiten Vorerben, weil die Verwalter fremden Vermögens durch eine solche Schenkung einen Nutzen haben könnten, ohne ihr Vermögen anzugreifen. Der befreite Vorerbe dagegen würde — abgesehen davon, dass über schädigende Handlungen gegenüber dem Nacherben bisher noch nicht mehr Klage geführt worden ist, als über solche von Vormündern und Testamentsvollstreckern — sich durch eine Schenkung aus dem Nachlasse selbst nur Schaden zufügen, da er ganz offen und ungehindert diesen Nachlass zu seinen Nutzen unter Ersparung der Mittel seines privaten Vermögens aufbrauchen könnte.[2])

Die Rechtsprechung wird vielmehr zur Folge haben, dass der befreite Vorerbe darnach trachten wird, diese Werte, die er mit dem Nachlass erhalten hat und die durch die Erschwerung der Verfügungen über Grundstücke des Nachlasses und Rechte an Grundstücken so schlecht verwertbar sind, loszuwerden. Denn mit dem

---

1) R.G. Bd. 65 Seite 215, ebenso Planck Bd. V Anmerk. 3 c α b b zu § 2136.

2) Planck Bd. V Anmerk. 3c β d d zu § 2136 B.G.B.

baren Gelde oder den dafür erstandenen Wertpapieren kann er machen, was er will. Daher wird der befreite Vorerbe die Erbschaftsgrundstücke und Rechte an Grundstücken in Barmittel oder Wertpapiere umzusetzen suchen, anstatt für das zu gutem Preise losgeschlagene Grundstück ein anderes besseres zu kaufen oder anstelle einer gefährdeten Hypothek eine andere hypothekarische Anlage seines Geldes vorzunehmen. Dass aber dies letztere für den Nacherben bei weitem wertvoller wäre und grössere Sicherheit verspräche, scheint zweifellos.

Schliesslich sei noch erwähnt, dass die strenge Behandlung des befreiten Vorerben nicht dem entspricht, was das Rechtsbewusstsein des Volkes von dem Institut erwartet. Der Erblasser, der einen befreiten Vorerben einsetzt, vermutet nicht die Schwierigkeiten, die diesem aus einem dem Laien ganz unwesentlich erscheinenden Umstande erwachsen. Hat aber erst einmal die Allgemeinheit erfahren, dass der befreite Vorerbe infolge der Rechtsprechung nicht dem entspricht, was sie sich darunter vorstellt, so werden zur Umgehung des Instituts, dessen Grundgedanke viel zu fest Wurzel gefasst hat, als dass man ganz davon abkommen könnte, eine grosse Anzahl komplizierter Gebilde erscheinen, deren künstliches, aus andersartigen Rechtsformen zusammengesetztes Wesen eine Menge unerwarteter Folgen und Gefahren in sich bergen wird, wie sie einer Umgehung des Gesetzes in den meisten Fällen eigen sind[1]).

Nach alledem erscheint die grundsätzliche Anwendung jener allgemeinen Erfahrungssätze, die bei Verfügungen des Testamentsvollstreckers, des Vormunds, des Vaters Anwendung finden, für den befreiten Vorerben ebenso als eine Forderung der Gerechtigkeit, wie als die Voraussetzung einer erspriesslichen Verwendbarkeit des Instituts der Vorerbschaft.

Ein Hindernis für den befreiten Vorerben, auf Grund seiner entgeltlichen Verfügungen Grundbucheintragungen ohne Nacherbenvermerk und ohne Einwilligung des Nach-

[1]) Vgl. z. B. Jastrow in Zeitschr. d. Deutsch. Not. V. Jahrg. 1906 Seite 77 und Doehl D. J. Z. Jahrg. 1905 Seite 906.

erben herbeizuführen, lag auch in der nunmehr offenbar aufgegebenen Anschauung des Reichsgerichts[1]), nach der der Grundbuchrichter sich mit der Nachprüfung der Entgeltlichkeit bei Verfügungen des befreiten Vorerben nicht zu befassen brauchte und diese verantwortungsvolle Prüfung dem Nacherben überlassen sollte. Diese Auffassung des Reichsgerichtes führte dazu, dass eine grosse Anzahl von Eintragungen, die auf Grund der Verfügungen befreiter Vorerben erfolgten, unter Eintragung des Nacherbenrechts, oder falls es bereits eingetragen war, ohne Löschung desselben erfolgen musste, weil kein Grundbuchrichter eine Prüfung vornehmen wollte, deren er enthoben war, um nicht die Verantwortung derselben tragen zu müssen. Damit entsteht aber in allen diesen Fällen jener der Sicherheit des Grundbuchverkehrs so verhängnisvolle Schwebezustand, den Strohal als Merkmal der Verfügungen befreiter Vorerben zu halten scheint[2]). Der Schwebezustand entsteht aber nicht, wie Strohal meint, weil es unmöglich ist, grundbuchlich auszudrücken, ob der Eintragung eine entgeltliche oder unentgeltliche Verfügung zu Grunde liegt, sondern dadurch, dass diese Frage bei der Eintragung noch nicht erörtert ist, und daher noch keine Klarheit über die Grenzen der Wirksamkeit dieser Verfügung geschaffen ist[3]).

Das Gesetz gewährt die Möglichkeit, eine Eintragung zu veranlassen, ohne dass der Grundbuchrichter die Verfügungsberechtigung oder -nichtberechtigung oder die Mängel der Berechtigung des Verfügenden geprüft hat. Das ist eine Ausnahme von der Grundregel unseres Grundbuchsystems, dass der Grundbuchrichter sich die Überzeugung der Verfügungsbefugnis des Verfügenden verschaffen muss, ehe er die der Verfügung entsprechende Eintragung vornimmt. Aus der ausnahmsweisen Möglichkeit einer Eintragung ohne Prüfung der Verfügungsbefugnis, kann aber nicht gefolgert werden, dass der

---

[1]) R.G. Bd. 61 S. 228 f.

[2]) Planck V Anmerk. zu § 2136 B.G.B.

[3]) Vgl. Weber in der Zeitschr. d. Deutsch. Not. Ver. Jahrg. 1909 S. 14/15.

Richter der Prüfung der Legitimation des befreiten Vorerben überhaupt enthoben sein und die Berechtigung haben soll, dem Nacherben in allen Fällen diese Prüfung zu überlassen, indem er die Eintragung nur unter Eintragung (bezw. ohne Löschung) des Nacherbenvermerkes vornimmt. In allen Fällen, in denen der Vorerbe unbeschränkt verfügen darf, hat er das Recht auf dementsprechende Eintragung und kann zu diesem Zwecke verlangen, dass der Grundbuchrichter seine Verfügungsbefugnis, insbesondere die Frage der Entgeltlichkeit der Verfügung prüft. Der Grundbuchrichter ist ja auch verpflichtet, die Verfügungsbefugnis des Testamentsvollstreckers, des Vaters, des Vormunds zu prüfen, obwohl es sich dabei um dieselbe Frage der Entgeltlichkeit ihrer Verfügungen handelt. Niemand wird hier auf den Gedanken kommen, den Richter dieser Prüfung zu entheben, und sie dem künftigen Geschäftsherren zu überlassen, der später vielleicht garnicht mehr in der Lage sein wird, die tatsächlichen Voraussetzungen der Eintragung zu prüfen. Der befreite Vorerbe hat ein stärkeres, weil nicht nur auf einer Vertretungsmacht beruhendes Recht auf freie Verfügung; darum kann ihm um so weniger das Recht genommen werden, eine Prüfung seiner Berechtigung zur Verfügung zu verlangen, um eine endgültige Klarstellung der Wirksamkeit seiner Verfügungen herbeizuführen. Der Grundbuchrichter hat also die Pflicht, die Verfügungsberechtigung des befreiten Vorerben und damit ihre Voraussetzung, die Entgeltlichkeit der Verfügungen zu prüfen. Das scheinen Reichs- und Kammergericht jetzt auch anerkennen zu wollen, da sie aus der Sachlage entnommen wissen wollen, ob Entgeltlichkeit vorliegt oder nicht[1]).

Bei der Prüfung der Entgeltlichkeit muss der Grundbuchrichter davon ausgehen, dass Verfügungen über Grundstücke und Rechte an solchen nach allgemeiner Erfahrung entgeltlich erfolgen. Sollte jedoch das der Verfügung zu Grunde liegende Causalgeschäft, das aus

[1]) R.G. Bd. 69 Seite 260 K.G. bei Johow 38 A. 223 und in der D. J. Z. 1910 Seite 540.

diesem Grunde in den Bereich der Legitimationsprüfung hinein zu ziehen ist, den Verdacht einer unentgeltlichen Verfügung aufkommen lassen, dann erst muss der befreite Vorerbe Beweismittel heranbringen, die diesen Verdacht entkräften, andernfalls wird er die Zustimmung des Nacherben beibringen oder dessen Eintragung ins Grundbuch beantragen müssen. Bei dem grössten Teil der Verfügungen des befreiten Vorerben werden Zweifel an der Entgeltlichkeit nicht entstehen; die Verfügungen werden daher zu vollwirksamer Eintragung führen.

In seinen neusten Entscheidungen vom 19. September 1910, 26. September 1910 und 5. Dezember 1910[1]) hat das Kammergericht eine Anzahl neuer Fälle in den Kreis derjenigen eingereiht, die ihrer Sachlage nach eine Unentgeltlichkeit der Verfügungen ausgeschlossen erscheinen lassen. Besonders in dem der Entscheidung vom 26. September 1910 zu Grunde liegenden Fall geht das Kammergericht in der Ausdeutung der Sachlage zu Gunsten der Annahme der Entgeltlichkeit soweit, dass es die Erklärung des Notars, dass eine Summe gezahlt worden sei, und die Erwägung, dass die Vorerbin sich und ihre Kinder, die Nacherben, nicht zu Gunsten fremder Personen schädigen würde, als ausreichenden Beweis der Entgeltlichkeit ansieht. Durch diese weitgehende Zulassung von Ausnahmen ist die Regel, dass der Beweis der Unentgeltlichkeit nur durch Einwilligung des Nacherben geführt werden kann, fast zerstört worden. Der praktische Erfolg des Systems der Ausnahmen kommt dem der Anwendung des hier vertretenen Grundsatzes fast gleich; denn auch nach der neuen Anschauung des Reichs- und Kammergerichts muss der Grundbuchrichter die Sachlage prüfen und auf Grund derselben sich eine Überzeugung über das Vorliegen einer entgeltlichen Verfügung bilden.

Ein Unterschied der Anschauungen bleibt auch jetzt noch insoweit bestehen, als das Reichs- und Kammergericht die Entgeltlichkeit nur dann annimmt, wenn die Sachlage zu Gunsten des befreiten Vorerben einen Schluss gestattet, während die hier vertretene Ansicht die

[1]) Zeitschr. d. Deutsch. Not. Ver. 1911 S. 12ff,

Entgeltlichkeit stets als bewiesen ansieht, wenn die Sachlage nicht zu Schlüssen Anlass gibt, die dem Vorerben ungünstig sind.

Die hier vertretene Ansicht hat, wie ich dargetan zu haben glaube, den Vorzug grösserer Consequenz und sichert eine rasche Erledigung der Eintragungen, da der Grundbuchrichter zur Ablehnung derselben danach nur berechtigt ist, wenn ein begründeter Verdacht der Unentgeltlichkeit vorliegt.

§ 10.

Die unentgeltlichen Verfügungen.

Nach der Beschäftigung mit den entgeltlichen Verfügungen des befreiten Vorerben, die unter dem Verdachte der Unentgeltlichkeit leiden, möchte ich den Blick auf das Gebiet der unentgeltlichen Verfügungen lenken.

Die unentgeltlichen Verfügungen des Vorerben sind im Falle des Eintritts der Nacherbfolge insoweit unwirksam, als sie das Recht des Nacherben beeinträchtigen oder vereiteln würden. (§ 2113 Abs. 2 B.G.B.) Da von der Vorschrift des § 2113 Abs. 2 B.G.B. eine Befreiung durch den Erblasser nicht möglich ist, so stehen sich der befreite und der einfache Vorerbe in dieser Hinsicht gleich. Beider unentgeltliche Verfügungen bleiben nur solange in Kraft, als die Nacherbfolge nicht eintritt. Unter unentgeltlichen Verfügungen wird man Verfügungen verstehen müssen, durch die der Verfügende sein Vermögen verringert, ohne mit Beziehung auf seine Verfügung einen Vermögensvorteil zu erlangen. Zu den unentgeltlichen Verfügungen im Sinne des § 2113 Abs. 2 B.G.B. will Hothorn[1]) auch solche rechnen, denen eine Gegenleistung entspricht, die nicht dem Nachlass, sondern dem Vorerben persönlich zu gute kommt; er bezeichnet diese Verfügungen als relativ unentgeltliche. Relativ unentgeltliche und also der Beschränkung des § 2113 Abs. 2 B.G.B. unterliegende Verfügungen wären danach z. B. die Verwendung von Erbschaftsgegenständen zum eigenen Gebrauch des Vorerben, die Tilgung von Eigenschulden

[1]) a. a. O. S. 100ff.

des Vorerben mit Erbschaftsmitteln. Hothorn übersieht hier offenbar, dass der Vorerbe ein einheitliches Rechtssubjekt ist, dessen Vermögen zwar in zwei Massen zerfällt, dass aber selbst deswegen kein Doppeldasein führt. Empfängt der Vorerbe für seine Verfügung eine Gegenleistung, so ist die Verfügung entgeltlich, einerlei, ob die Gegenleistung dem Vorerben selbst oder der Erbschaft zufällt. Anderenfalls würde ein wichtiger Teil der dem befreiten Vorerben gewährleisteten Befreiungen gegenstandslos gemacht werden. Könnte nämlich der Nacherbe bei Anwendung des § 2113 Abs. 2 B.G.B. die vom befreiten Vorerben für sich selbst verwendete Sache nicht wiedererlangen, wie z. B. bei Vorräten, die der Vorerbe für sich verbraucht hat, so könnte der Nacherbe anstatt des Anspruchs aus § 2134 B.G.B., der dem befreiten Vorerben gegenüber unbrauchbar ist, den aus § 2138 Abs. 2 B.G.B. heranziehen um Ersatz zu erlangen, obwohl gerade durch die Befreiung der Vorerbe die Möglichkeit haben sollte, sich den Nutzen oder Wert der Erbschaftsgegenstände zu eigen zu machen. Der Begriff der relativen Unwirksamkeit scheint deshalb hier nicht verwendbar zu sein.

Die Unwirksamkeit, die auf Grund des § 2113 Abs. 2 B.G.B. eintritt, ist eine gegen jeden Dritten wirkende absolute, wie sie auch beim Eintritt einer auflösenden Bedingung stattfindet. Die Unwirksamkeit der unentgeltlichen Verfügungen des Vorerben hat denselben Charakter wie die Unwirksamkeit der Verfügungen des unbefreiten Vorerben über Grundstücke. Dass der Regelung im B.G.B. diese Auffassung zu Grunde liegt, geht aus der Fassung des § 2113 Abs. 2: „Ebenso ist . . . . . .“ hervor. Der von Hachenburg in den Studien zum Rechte des Entwurfes eines B.G.B[1]) freilich nur de lege ferenda gemachte Unterschied erscheint nicht wesentlich: Hachenburg unterscheidet die Verfügungsbeschränkungen aus § 2113 Abs. 1 und 2 B.G.B. als aus dem Gegenstande einerseits und aus dem Geschäfte andrerseits entspringende. Jene sei der auflösenden Bedingung, diese dem Ver-

[1]) Seite 42ff.

äusserungsverbot vergleichbar. Meines Erachtens entspringen beide Verfügungsbeschränkungen dem Gegenstande in Verbindung mit dem Geschäft. Der Gegenstand ist insoweit wesentlich, als es sich stets um Gegenstände der Erbschaft handeln muss; das Geschäft, das unwirksam wird, kann nur eine Verfügung sein. Im Absatz 1 des § 2113 sind die Gegenstände enger umgrenzt, in Absatz 2 die Art der Verfügung. Die bestehenden Wesensunterschiede sind deshalb nicht so wichtig, dass sie zwingend dazu führen müssten, die als Folge der Verfügungsbeschränkungen eintretende Unwirksamkeit ganz verschieden zu behandeln. Die grössere Einfachheit und Übersichtlichkeit der Rechtsverhältnisse bei gleichartiger Gestaltung verdient sicherlich den Vorzug vor einer unnötigen Verwickelung durch jene feinen Unterscheidungen. Hachenburg hält die Unterschiede, die er für den Entwurf gemacht hat, für das B.G.B. nicht mehr aufrecht.[1])[2])

Die Anwartschaft des Nacherben erzeugt ein Recht auf den Gegenstand, über den verfügt worden ist, erst mit dem Augenblicke des Nacherbfalles. Mit dem Nacherbfall geht das Erbrecht an dem Nachlassgegenstand, der durch unentgeltliche Verfügung des Vorerben in dritte Hände gelangt ist, derart auf den Nacherben über, dass er als Eigentümer und Erbe die Herausgabe des Gegenstandes von dem Dritten verlangen kann. Gelingt es ihm, den Gegenstand von dem Dritten zurückzuerlangen, so wird der Dritte gegen den Vorerben die aus dem obligatorischen Verhältnis zum Vorerben entspringenden Rechtsbehelfe haben, z. B. wird der Beschenkte gegen den Vorerben das Recht auf Schadensersatz aus § 523 B.G.B. geltend machen können, da die Unwirksamkeit der unentgeltlichen Verfügung über den geschenkten Gegenstand sich als Mangel im Rechte darstellt. Die Schenkung

---

[1]) Zeitschr. d. Deutsch. Not. V. 1906 S. 322 Anm. 1.

[2]) Hothorn versucht diese Unterschiede theoretisch durch die etwas künstliche Konstruktion aufrecht zu erhalten, dass es sich hier um ein Veräusserungsverbot mit absoluter Wirksamkeit handelt. a. a. O. Seite 69/70.

selbst als persönlicher Vertrag wird von der Unwirksamkeit nicht berührt.

Die Wirkung des § 2113 Abs. 2 B.G.B. wird durch den Absatz 3 modifiziert, der den gutgläubigen Erwerber schützt. Ist dieser erst Eigentümer des unentgeltlich übereigneten Nachlassgegenstandes geworden, dann kann der Nacherbe mit seinem Anspruche auf Herausgabe nicht mehr gegen ihn durchdringen. Dem Nacherben bleibt jedoch der Anspruch gegen den Erwerber aus § 816 Abs. 1 Satz 2 B.G.B. auf die Bereicherung aus der unentgeltlichen Verfügung. Daneben kann der Nacherbe den Vorerben, und zwar den befreiten, nach § 2138 Abs. 2 B.G.B. zum Schadensersatze heranziehen. Der befreite Vorerbe kann sich aber, wenn der Nacherbe sich nur an ihn wendet, um sich schadlos zu halten, nicht darauf berufen, dass der Nacherbe erst versuchen müsse, von dem Beschenkten wenigstens die Bereicherung herauszubekommen; denn diese Einrede würde einer Rückforderung des Geschenkes gleichkommen. Wer eine Schenkung macht, muss damit rechnen, dass er sein Vermögen um das Geschenkte verringert.

Gibt der Nacherbe zu einer Schenkung seine Zustimmung, so ist sie vollwirksam.

Wenn der befreite Vorerbe den Nacherben aus der Erbschaft beschenkt, so wird auch hier die unentgeltliche Verfügung nur wirksam, wenn der Nacherbe einwilligt. Die Einwilligung wird stets in der Annahme des Geschenkes zu erblicken sein, wenn der Nacherbe dessen Herkunft aus der Erbschaft kennt. Kennt er sie nicht, so wird die Schenkung mit dem Nacherbfall unwirksam, und der geschenkte Gegenstand fällt in die Erbschaft zurück. Einen Schaden erleidet der Nacherbe nicht, weil ihm der Gegenstand nunmehr als Nachlassgegenstand gehört. Hat er den Gegenstand inzwischen durch entgeltliche Verfügung weitergegeben, so wird er durch das für den Gegenstand Erlangte schadlos gehalten. Hat der Nacherbe den ihm geschenkten Nachlassgegenstand jedoch durch eine unentgeltliche Verfügung einem Dritten übertragen, so wird er daraus einen Grund nicht herleiten

können, Schadensersatz vom befreiten Vorerben oder dessen persönlichen Nachlass zu verlangen; denn er hat freiwillig sein Vermögen um den Gegenstand vermindert.

Dagegen wird der befreite Vorerbe schadensersatzpflichtig sein, wenn der dem Nacherben geschenkte Nachlassgegenstand ohne Schuld des Nacherben zugrunde oder ihm sonst verloren geht, während dies nicht geschehen wäre, wenn der Vorerbe den Gegenstand in seinem Gewahrsam zusammen mit dem übrigen Nachlass behalten hätte[1]). Vorausgesetzt bleibt natürlich, dass der Nacherbe die Herkunft des Gegenstandes aus der Erbschaft nicht kannte, oder aus einem anderen Grunde seine Zustimmung zur Schenkung nicht erfolgt ist z. B. weil er minderjährig war.

Abgesehen von der Schadensersatzpflicht des befreiten Vorerben kann die Frage, ob der Gegenstand dem Nacherben als Geschenk oder als Erbschaftsgegenstand gehört, im Nachlasskonkurs oder der Nachlassverwaltung über den Nachlass des Erblassers erheblich werden.

Sind mehrere Nacherben vorhanden, so gehört zur Wirksamkeit der unentgeltlichen Verfügung des befreiten Vorerben zu Gunsten eines Nacherben die Zustimmung sämtlicher Nacherben. Stimmen nicht alle Nacherben zu, so fällt der Gegenstand mit dem Eintritt der Nacherbfolge in die Erbschaft zurück; falls der geschenkte Erbschaftsgegenstand teilbar ist, tritt dies nur insoweit ein, als die übrigen Miterben einen Anspruch darauf haben. Hat jedoch der Vorerbe dem beschenkten Nacherben einen teilbaren Gegenstand als Geschenk mit der Auflage gegeben, dass das Geschenk auf den Nacherbteil anrechnungsfähig sein solle, so wird die Schenkung soweit wirksam bleiben, als das Geschenk den Erbteil des Beschenkten nicht überschreitet. Die Auflage wird jedoch nur dann gegen die Mitnacherben wirksam sein, wenn sie hierdurch keine Beeinträchtigung erleiden[2]).

---

[1]) Vgl. Planck Bd. V Anm. 3 zu § 2138 B.G.B.

[2]) Hachenburg, in der Zeitschr. d. Deutsch. Not. V. 1906 S. 323/4.

Die Geschenke, die einer sittlichen Pflicht oder der auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entsprechen, sind auch dem Nacherben gegenüber ohne seine Einwilligung wirksam. Hachenburg[1]) wirft hier die Frage auf, wessen sittlicher Pflicht, wessen Anstandspflicht durch ein Geschenk aus der Vorerbschaft genügt werden darf, des Vorerben oder des Erblassers. Unzweifelhaft, ist der Vorerbe berechtigt, sittliche Pflichten und Anstandspflichten des Erblassers durch Geschenke aus dem Nachlass zu erfüllen. Zu solchen Geschenken ist ja auch der Testamentsvollstrecker befugt. Der befreite Vorerbe darf aber auch Geschenke, die seiner eigenen sittlichen und Anstandspflicht entsprochen, aus dem Nachlass entnehmen. Er ist Herr der Erbschaft und berechtigt, alle Verfügungen in seinem eigenen Interesse vorzunehmen. Das Gesetz gibt keinen Anhalt dafür, dass die sittliche Pflicht und die Rücksichtnahme auf den Anstand sich nach der Person des Erblassers bestimmen solle[2]); diese Auslegung des § 2113 Abs. 2 Satz 2 B.G.B. wäre willkürlich und stände im Gegensatze zu dem Inhalte des Paragraphen in ganzen, der sich nur auf den Vor- und den Nacherben bezieht. Der Sinn und Zweck der Bestimmungen über den befreiten Vorerben stünde mit einer solchen Auslegung im Wiederspruch. Der befreite Vorerbe soll als Herr der Erbschaft imstande sein, mit Hilfe der Erbschaft — besonders in den Fällen, wo er persönlich vermögenslos ist — sittlichen Pflichten und Anstandspflichten ebenso zu genügen, wie den Rechtspflichten, die sich aus der Herrschaft über die Erbschaft ergeben. Wenn jemand durch den Besitz einer Erbschaft als befreiter Vorerbe in Stand gesetzt ist, über ein grosses Vermögen zu verfügen und ein besseres Leben zu führen als bisher, so soll er auch nach dem zu vermutenden Willen des Erblassers im Stande sein, Anstandspflichten und sittliche Pflichten zu erfüllen, die ihm eine solche Lebenshaltung auferlegt.

---

[1]) a. a O. Seite 328ff.

[2]) So Hachenburg a. a. O. und mit ihm Hothorn S. 108.

Trotzdem darf der befreite Vorebe seine Kinder nicht mit Mitteln der Erbschaft aussstatten[1]); denn die Ausstattung ist zwar eine unentgeltliche Verfügung, aber nach § 1624 B.G.B. gilt sie nicht als Schenkung, soweit sie den Vermögensverhältnissen des Vaters oder der Mutter entspricht. — Soweit die Ausstattung diese übersteigt, hört sie auf, sittliche Pflicht zu sein. — § 2113 Abs. 2 Satz 2 lässt aber nur solche unentgeltlichen Verfügungen als wirksam bestehen, die auf Schenkungen, die einer sittlichen Pflicht entsprechen, beruhen. Mithin fällt die Ausstattung garnicht unter § 2113 Abs. 2 B.G.B.

So sehr diese Deduktion nach einer Wortauslegung klingt, sie hat doch ihre innere Berechtigung. Schenkungen, die einer sittlichen Pflicht oder der Pflicht des Anstands entsprechen, werden stets nur einen verhältnismässig kleinen Wert gegenüber der ganzen Erbschaft darstellen. Durch solche Geschenke wird der Bestand der Erbschaft nicht gefährdet. Die Ausstattung eines Kindes dagegen oder gar mehrerer Kinder kann einen ganz erheblichen Teil des Vermögens des Ausstattenden ausmachen und wäre daher sehr wohl im Stande, die ganze Erbschaft zu vereiteln, wenn der befreite Vorerbe sie aus dem Nachlass gibt. Eine Ausstattung geht über das, was unter einer Schenkung zu verstehen ist, weit hinaus. Die Ausstattung ist viel eher mit der Einsetzung der Kinder als Erben in eine Linie zu stellen, die ebenfalls als eine sittliche Pflicht angesehen werden muss. Gerade diese Pflicht darf der befreite Vorerbe aus dem Nachlass nicht erfüllen; denn das hat der Erblasser in vielen Fällen durch die Anordnung einer Nacherbschaft verhindern wollen. Ebenso würde es der Natur des Vorerbrechts widersprechen, wenn der befreite Vorerbe beträchtliche Teile der Erbschaft seinen Kindern zur Ausstattung gäbe und dadurch vielleicht herbeiführen würde, was der Erblasser hatte verhüten wollen, dass nämlich sein Vermögen oder ein beträchtlicher Teil desselben in die Hände der Kinder des Vorerben fiele.

[1]) Ebenso Hachenburg, a. a. O., der auf anderem Wege zu diesem Ergebnis kommt.

Sind die Ausgestatteten zugleich Nacherben, so wird das zutreffen, was für die unentgeltlichen Verfügungen im allgemeinen gilt.

Zu der oben aufgestellten Behauptung, das Geschenke; wie sie durch Moral oder Anstand geboten werden, immer nur klein im Verhältnis zum Vermögen des Spenders sind, sei noch folgendes angeführt: Wenn ein persönlich reicher Mann zum befreiten Vorerben eines kleinen Nachlasses eingesetzt wird, so kann der Fall wohl eintreten, dass ein Geschenk, das einer sittlichen Pflicht oder der Rücksichtnahme auf den Anstand für ihn entspricht, so gross wie die Erbschaft oder ein erheblicher Bruchteil derselben ist. Nach § 2113 Abs. 2 wäre dieser befreite Vorerbe befugt, durch eine derartige Schenkung den ganzen Nachlass zu verschenken. Diese Gefahr der Vereitelung der Nacherbschaft wird durch § 2138 Abs. 2 B.G.B. beseitigt, da in diesem Verhalten des befreiten Vorerben eine absichtliche Benachteiligung des Nacherben liegt, die den Vorerben zum Schadenersatz verpflichtet.

§ 11.

Die Verfügungen im Wege der Zwangsvollstreckung, Arrestvollziehung und durch den Konkursverwalter.

Ausser den unentgeltlichen Verfügungen des befreiten Vorerben sind auch die Verfügungen, die im Wege der Zwangsvollstreckung, Arrestvollziehung oder durch den Konkursverwalter gegen den befreiten Vorerben erfolgen, im Falle des Eintritts der Nacherbfolge unwirksam, soweit sie das Recht des Nacherben vereiteln oder beeinträchtigen würden (§ 2115 B.G.B.) Die Befreiung von dieser Beschränkung ist unzulässig.

Die Bestimmung des § 2115 B.G.B. bezweckt lediglich den Schutz des Nacherben, wenngleich sie hierdurch auch dem befreiten Vorerben zu Gute kommt. Die Erbschaft soll dem Nacherben erhalten werden, soweit der Vorerbe sie nicht verbraucht. Wenn auch der Vorerbe den Genuss der Erbschaft vor dem Nacherben haben soll, so sollen doch die Gläubiger des Vorerben nicht

daraus zum Nachteile des Nacherben Befriedigung suchen dürfen[1]; denn der Nacherbe ist Erbe des Erblassers und soll nicht in seiner Erbschaft geschmälert werden, weil der befreite Vorerbe Schulden hat, vielleicht überschuldet ist.

Die Schulden des Erblassers, die aus dem Nachlass zu berichtigen sind, können auch im Wege der Zwangsvollstreckung mit voller Wirksamkeit gegen den Nacherben geltend gemacht werden, da sie ja Teile des Nachlasses sind oder nach anderer Ansicht auf dem Nachlass als solchem lasten. § 2115 B.G.B. spricht dies, um Zweifel auszuschliessen, ausdrücklich aus. Die Nachlassgläubiger können daher die Zwangsvollstreckung in den Nachlass mit voller Wirksamkeit vornehmen.

Da der befreite Vorerbe zu allen freiwilligen, entgeltlichen Verfügungen auch gegenüber dem Nacherben befugt ist, so sind auch diejenigen Akte der Zwangsvollstreckung gegen den Nacherben wirksam[2], durch welche freiwillige Verfügungen des befreiten Vorerben ersetzt werden sollen, z. B also die Ersetzung einer Willenserklärung des Vorerben durch die Verurteilung dazu, oder die Wegnahme eines bestimmten Nachlassgegenstandes durch den Gerichtsvollzieher. Hier handelt es sich um die Erzwingung einer Verfügung des befreiten, Vorerben, die er wirksam hätte vornehmen können und, da er sich dazu verpflichtet hatte, auch müssen. Eine solche Verfügung ist nur im Wege der Zwangsvollstreckung zur Ausführung gebracht, nicht aber ihrem Wesen nach Vollstreckungshandlung. Nur auf die letzteren aber findet § 2115 B.G.B. Anwendung. Er beschränkt nur die Wirksamkeit der Zwangsvollstreckungshandlungen wegen Geldforderungen, die an Gegenständen des Nachlasses vorgenommen werden.

Um das Ziel der Bestimmungen des § 2115 B.G.B. zu erreichen, verbietet § 773 Z.P.O. die Veräusserung oder Überweisung von Nachlassgegenständen im Wege

[1] Planck, Bd. V Anmerk. 1 zu § 2115 B.G.B.

[2] Planck, a. a. O., Standinger, Bd. V Anmerk. 3c 2 zu §§ 2112—2115 B.G.B.

der Zwangsvollstreckung, soweit die Veräusserung oder Überweisung im Falle des Eintritts der Nachfrage dem Nacherben gegenüber unwirksam ist. Diese Vorschrift ist jedoch nur Sollvorschrift. Sie verbietet die Veräusserung oder Überweisung, ohne die geschehene nichtig zu machen.

Da der Nacherbe ein Recht an den Nachlassgegenständen erst mit dem Erbfall erwirbt, stände er einer der Vorschrift des § 773 Z.P.O. zuwiderlaufenden Veräusserung oder Überweisung eines Erbschaftsgegenstandes machtlos gegenüber, wenn ihn nicht die Bestimmung des Gesetzes ausnahmsweise in Stand gesetzt hätte, seine Anwartschaft mit den Mitteln des § 771 Z.P.O. zu verteidigen, die sonst nur dem Inhaber und nicht dem Anwärter eines Rechtes zustehen. Diese Ausnahmsvorschrift gestattet keinen Rückschluss dahin, dass der Nacherbe ein wirkliches Recht an den Nachlassgegenständen schon vor dem Erbfall erworben hätte.

Andere Handlungen der Zwangsvollstreckung als Veräusserung und Überweisung können an den Nachlassgegenständen vorgenommen und vom Nacherben nicht verhindert werden. Pfändung, Eintragung einer Sicherungshypothek, Anordnung der Zwangsverwaltung sind auch bei Nachlassgegenständen anwendbar. Auch diese Zwangsvollstreckungshandlungen werden gemäss § 2115 B.G.B. mit dem Nacherbfall unwirksam. Da die Vornahme dieser Handlungen an Nachlassgegenständen das Recht des Nacherben nicht gefährdet, liegt kein Grund vor, sie zu verbieten; denn der verschuldete Vorerbe soll durch § 2115 B.G.B. nicht begünstigt werden. Nur die Verwertung der Nachlassgegenstände im Wege der Zwangsvollstreckung kann das Recht des Nacherben beeinträchtigen oder vereiteln; darum musste hier im § 773 Z.P.O. eine Sicherheitsmassregel gegeben werden.

Ist der Vorerbe Miterbe, so können seine Gläubiger seinen Erbteil gemäss § 859 Abs. 2 Z.P.O. pfänden. Schwierigkeiten stehen nur der Verwertung des Erbteils entgegen. Eine Verwertung der einzelnen, nach erfolgter Teilung dem Mitvorerben zugefallenen Gegenstände soll nach § 773 Z.O.P. unterbleiben und ist mit der

Interventionsklage angreifbar. Eine Verwertung des Erbteils durch Verkauf im ganzen ist deshalb undurchführbar, weil ja der Erbteil nur vorübergehend bis zum Nacherbfall verkauft werden kann, die Dauer der Vorerbschaft aber, von der der Wert des Erbteils abhängt, unbestimmt ist, wenigstens in der Mehrzahl der Fälle. Für die Befriedigung der Gläubiger blieben also nur die Einkünfte aus dem Erbteil übrig. Diese aber unterliegen in den Fällen der §§ 850 No. 3 und 863 Z.P.O. Pfändungsverboten. Es sollen nämlich die fortlaufenden Einkünfte, welche ein Schuldner auf Grund einer Fürsorge und Freigebigkeit bezieht, der Pfändung nicht unterworfen sein, soweit sie der Schuldner zur Bestreitung des notdürftigen Unterhaltes für sich, seinen Ehegatten und seine unversorgten Kinder braucht. Der Vorerbe erhält zwar durch die Freigebigkeit des Erblassers das Vermögen der Erbschaft selbst, nicht nur die Einkünfte; im allgemeinen beabsichtigt der Erblasser aber durch diese Art der Zuwendung, dem Vorerben die Einkünfte aus dem Nachlass zu verschaffen, und ihm die Möglichkeit zu geben, selbst die Einkünfte zu ziehen und durch eigene Verwaltung möglichst günstig zu gestalten. Dass der Vorerbe das Stammkapital angreifen wird, wird der Erblasser meist nicht annehmen. Deshalb rechtfertigt sich auch hier die Anwendung des § 850 No. 3 Z.P.O.[1]). Ferner sollen die Einkünfte aus der Erbschaft der Pfändung nicht unterliegen, die ein Vorerbe aus seinem mit der Nacherbschaft beschwerten Pflichtteil zieht, und die zur Bestreitung seines eigenen standesmässigen Unterhalts, sowie zur Erfüllung der ihm seinem Ehegatten, seinem früheren Ehegatten oder seinen Verwandten gegenüber gesetzlich obliegenden Unterhaltungspflicht erforderlich sind. Die Zwangsvollstreckung in den Nachlass dürfte also nur in seltenen Fällen brauchbare Ergebnisse liefern.

Bricht über das Vermögen des befreiten Vorerben der Konkurs aus, so gehört die Erbschaft als Teil des Vermögens zur Konkursmasse und unterliegt auch der

[1]) Vgl. Jaeger, K. O. Anm. 3 zu § 128.

Verwaltung des Konkursverwalters[1]). Zur Befriedigung der Gläubiger aber dürfen nur die Nutzungen der Erbschaft, soweit sie dem Vorerben zustehen würden und der Zwangsvollstreckung unterliegen, herangezogen werden. Die Veräusserung der Nachlassgegenstände verbietet § 128 der Konkursordnung, soweit die Veräusserung nach § 2115 B.G.B. unwirksam werden kann. Auch die Befriedigung der Konkursgläubiger mit erbschaftlichem Gelde würde § 2115 B.G.B. verletzen.[2])

Der Umstand, dass der Konkursverwalter nicht weiss, dass er über Gegenstände der Erbschaft verfügt, ist nicht geeignet, die Verfügung wirksam zu machen.

Gegen Verfügungen des Konkursverwalters, die dem § 128 K.O. widersprechen, hat der Nacherbe die Schutzmittel, die gegen ungesetzmässiges Handeln des Konkursverwalters überhaupt gegeben sind. Der Konkursverwalter haftet für schuldhafte Verstösse gegen § 128 nach § 82 K.O. Gemäss § 59 No. 1 verpflichtet er durch Handlungen, die er innerhalb seines Machtbereiches vornimmt auch die Masse. Dass die Veräusserung von Nachlassgegenständen in den Machtbereich des Konkursverwalters fällt, folgt daraus, dass der Nachlass zur Konkursmasse gehört. Verfügungen, die dem § 2115 B.G.B. zuwider laufen, verpflichten den einfachen Vorerben gemäss § 2131 B.G.B. zum Schadensersatz, wenn ihn ein Verschulden trifft, sonst zum Wertersatz unter analoger Anwendung des § 2134 B.G.B. Den befreiten Vorerben treffen diese Verpflichtungen nach § 2136 B.G.B nicht. Beim Konkurse über das Vermögen eines befreiten Vorerben tritt daher eine Verpflichtung der Masse nach § 59 Abs. 1 K.O. durch die Zuwiderhandlung gegen § 128 K.O. seitens des Verwalters nicht ein. Die Anwendung der §§ 771, 773 und 766 Z.P.O., deren Schutz verschiedene Autoren[3]) dem Nacherben auch gegenüber dem Konkursverwalter geben wollen, ist

1) Jaeger, a. a. O. Anmerk. I § 128 K. O.

2) Planck, a. a. O. Anmerk. 1 zu § 2115 B.G.B.

3) Willenbücher, Konkursordnung, Anmerk. 4 zu § 128, Fitting, Reichskonkursrecht, § 23, Anmerk. 12.

mangels einer gesetzlichen Vorschrift, die diese Ansicht stützt, nicht angängig, da die Bestimmungen über die Zwangsvollstreckung sich auf den Konkurs nicht ohne weiteres verwenden lassen. Diese Paragraphen können hier nur in Frage kommen, wenn der Konkursverwalter Verfügungen im Wege der Zwangsvollstreckung vornimmt, die dem § 2115 B.G.B. zufolge mit dem Erbfalle unwirksam sind [1]).

§ 12.

Der Eintritt der Nacherbfolge.

Mit dem Eintritt des Ereignisses, an welches der Erblasser oder hilfsweise das Gesetz die Beendigung der Vorerbschaft knüpft, oder, falls der Vorerbe den Eintritt des Ereignisses nicht kennt, mit dem Zeitpunkte, in dem er die Kenntnis erlangt oder erlangen muss, hören alle seine Rechte an der Erbschaft auf. (§ 2140 B.G.B.)

Erbe ist jetzt der Nacherbe (§ 2139 B.G.B.) Als Herr der Erbschaft kann er nunmehr alle Erbschaftsgegenstände von Nacherben oder von dritten Personen, die diese Gegenstände auf Grund nunmehr unwirksamer Verfügungen besitzen, herausverlangen, soweit nicht ein Erwerb durch guten Glauben das Recht des Nacherben vernichtet hat. Die Herausgabepflicht der Vorerben umfasst auch alles, was er mit Mitteln der Erbschaft erworben und anstelle von Erbschaftsgegenständen erlangt hat (§ 2111 B.G.B.). Der befreite, wie der unbefreite Vorerbe kann jedoch vom Nacherben Erstattung der aus dem persönlichen Vermögen gemachten Aufwendungen gemäss §§ 2124 und 2125 B.G.B. verlangen, soweit die Aufwendungen auf Gegenstände gemacht sind, die der Vorerbe herauszugeben hat. Der befreite Vorerbe darf also nicht verlangen, dass der Nacherbe ihm Aufwendungen auf Gegenstände, die er, der Vorerbe, für sich verbraucht, oder infolge seiner Befreiung aus anderen Gründen nicht herauszugeben hat, erstatte. Dagegen darf der Vorerbe für die Anfwendungen auf Erbschaftsgegenstände, deren Surrogat der Vorerbe herausgeben muss,

1) Jaeger, Konkursordnung, Anmerk. 9 zu § 128 K.O.

Ersatz verlangen; denn in dem Surrogat ist der Wert der Aufwendung mitenthalten. Wird der Vorerbe aus anderen Gründen als infolge seiner Befreiung von der Pflicht zur Herausgabe eines Erbschaftsgegenstandes frei, so behält er das Recht auf Erstattung der Aufwendungen, die er auf diesen Gegenstand gemacht hat, z. B. bei unverschuldetem Untergang des Gegenstandes[1]). Eine Anlage, die der Vorerbe auf einem Erbschaftsgegenstande aus eigenen Mitteln errichtet hat, darf er wieder fortnehmen. (§ 2125 B.G.B.)

Den befreiten Vorerben trifft dem Nacherben gegenüber als einzige Art der Haftung für das, was vor dem Nacherbfall geschehen ist, seine Verpflichtung gemäss § 2138 Abs. 2 zum Schadensersatze für den Fall, dass er über Erbschaftsgegenstände dem § 2113 Abs. 2 B.G.B. zuwider verfügt, oder die Erbschaft in der Absicht, den Nacherben zu benachteiligen, vermindert hat. Des Näheren ist über diese Verpflichtung des befreiten Vorerben gelegentlich der Besprechung der unentgeltlichen Verfügungen die Rede gewesen. Für die Zeit nach Eintritt der Nacherbfolge bezw. von dem Augenblicke der Kenntnisnahme des Vorerben von diesem Ereignis an haftet der Vorerbe dem Nacherben für die Erbschaftsgegenstände wie ein Besitzer dem Eigentümer gegenüber nach Eintritt der Rechtshängigkeit.

1) Planck, Bd. V, Anmerk. 3 zu § 2124 B.G.B.

Lebenslauf.

Ich, Erich Popper, bin zu Posen am 2. Oktober 1886 als Sohn des jetzigen Sanitätsrates Dr. Helion Popper und seiner Ehefrau Antonie geborenen Wurzel in Posen geboren. Ich bin preussischer Staatsangehöriger und jüdischer Religion.

Ich besuchte von Ostern 1896 ab das Königliche Friedrich-Wilhelms-Gymnasium in Posen, das ich Ostern 1905 mit dem Zeugnis der Reife verliess.

Dann studierte ich 6 Semester die Rechtswissenschaften auf den Universitäten Freiburg i. Br. (1) und Breslau (5).

Am 27. Juni 1908 bestand ich in Breslau die erste juristische Prüfung; am 1. Juni 1911 das examen rigorosum.

Gegenwärtig bin ich dem Königlichen Amtsgericht in Posen zur Ausbildung überwiesen.

Den Herren Professoren Dr. Schott und Dr. Meyer spreche ich für die gütige Förderung meiner Arbeit meinen besten Dank aus.